

Cuadernos de Derecho Local

número

1

Febrero de 2003

QDGL



Cuadernos de Derecho Local

CONSEJO CIENTÍFICO

MANUEL ARAGÓN REYES
JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT
JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ
MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE
EDUARDO CALVO ROJAS
TERESA CARBALLEIRA RIVERA
JOSÉ LUIS CARRO-FERNÁNDEZ VALMAYOR
CARMEN CHINCHILLA MARÍN
DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE
JAVIER DELGADO BARRIO
ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR
RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO
TOMÀS FONT LLOVET
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
PABLO GARCÍA MANZANO
RAFAEL GÓMEZ FERRER
JESÚS LEGUINA VILLA
JOAN MAURI MAJÓS
JOSEP MIR BAGÓ
MARÍA JESÚS MONTORO CHINER
ALEJANDRO NIETO GARCÍA
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
LUCIANO PAREJO ALFONSO
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
FRANCISCO RUBIO LLORENTE
JOAQUÍN TORNOS MAS
FRANCISCO VELASCO CABALLERO
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

DIRECTORES

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
DOMÈNEC SIBINA TOMÀS

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

JOSÉ MARÍA ESQUERDA ROSET
FERRAN TORRES COBAS

EDICIÓN

© FUNDACIÓN PRIVADA DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL



PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SIDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

Depósito legal: B-4681-2002
ISSN: en trámite



SUMARIO

DL

Raafael Fernández Montalvo

Magistrado
del Tribunal Supremo

Manuel Medina Guerrero

Profesor titular de Derecho
Constitucional
de la Universidad de Sevilla

Vicenç Aguado i Cudolà

Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Ignacio Villaverde Menéndez

Profesor titular de Derecho Constitucional
de la Universidad de Oviedo

Emilio Aragonés Beltrán

Magistrado

Vicente Calvo del Castillo

Jefe del Servicio de Asistencia Económica
a Municipios de la Diputación de A Coruña

Carmen Fibla Nicolau

Letrada del Servicio de Asistencia
Jurídica Local
de la Diputación de Barcelona

Francisco Cacharro Gosende

Vicesecretario de la Diputación
Provincial de Ourense

Jorge Pueyo Moy

Jefe de sección de la Asesoría Jurídica
de la Diputación Provincial de Huesca

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 6

Contaminación acústica y competencias locales en materia
de protección medioambiental 7

La garantía constitucional de la suficiencia financiera
de las entidades locales 38

La aplicación del marco jurídico de la inmigración en
las administraciones locales: un primer balance (II)..... 58

Protección de datos personales y padrón municipal 89

La reforma de las haciendas locales y del catastro 105

INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS
DE LOS ENTES LOCALES 142

La base imponible del impuesto sobre construcciones,
instalaciones y obras correspondiente a un parque eólico 143

Posible incompatibilidad entre el cargo de concejal de
urbanismo, con dedicación parcial, y el ejercicio
de la actividad profesional de arquitecto dentro
del mismo término municipal 150

Posibilidad de enajenación directa, por debajo del valor
de mercado, de terrenos del patrimonio municipal
del suelo con destino a la promoción y la construcción
de viviendas de protección oficial..... 158

Reclamación de daños formulada ante un ayuntamiento
por un accidente de circulación por el choque
con un jabalí..... 165

Domènec Sibina Tomàs

Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Domènec Sibina Tomàs

Eva Arnal Arasa

Abogada

**CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS
Y LOS REGLAMENTOS LOCALES 171**

**La ocupación del dominio público municipal por las redes
de servicios: reflexiones al hilo de la regulación, en tres
ordenanzas municipales, de infraestructuras comunes para
todas las conducciones técnicamente compatibles 172**

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 192

A) Jurisdicción constitucional 193

B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos 196

C) Jurisdicción contencioso-administrativa 198

D) Jurisdicción civil 215

E) Jurisdicción penal 217

AGENDA DE ACTIVIDADES 219



PRESENTACIÓN

En nuestro afán por favorecer la reflexión y el estudio sobre la dimensión jurídica de aquellos temas que, por razón de la materia o de su actualidad, son de interés prioritario para las entidades locales, hemos confeccionado un nuevo QDL (formalmente, el primero de esta nueva etapa), en el que hemos tenido la fortuna de haber podido reunir a un elenco de prestigiosos juristas, procedentes de la magistratura, de las universidades y de las administraciones locales. Cumplimos así nuestro propósito de convertirnos en un instrumento especializado de comunicación y en un lugar de encuentro de diversas perspectivas jurídicas que, empero, comparten una común preocupación por el derecho local.

El estudio jurídico de cuestiones tan relevantes y tan vinculadas a la convivencia colectiva en nuestros pueblos y ciudades como el concerniente a la contaminación acústica, la protección de datos personales y el padrón o el relativo a la inmigración, se suma, en este número, a otros trabajos que o bien se han incorporado con el ánimo de suministrar al lector una primera y rigurosa información sobre recientes novedades legislativas, o bien con el propósito de aportar *otra* visión acerca de problemas estructurales que, como el de la suficiencia financiera de las entidades locales, resultan vitales para una eficaz defensa de la autonomía que constitucionalmente se les garantiza.

Pero en el QDL también sabemos lo grandes que son, en apariencia, los pequeños temas. Por eso, hemos cuidado de manera muy especial la sección de informes jurídicos que nos remiten las distintas asesorías de los entes locales integrantes de la Fundación, así como la crónica relativa a la potestad normativa local y la selección de fichas de jurisprudencia.

Todos estos elementos, desde los estudios doctrinales hasta la reseña sucinta de las resoluciones jurisdiccionales más significativas, son el resultado de un esfuerzo compartido que pretende conformar el QDL como un proyecto intelectual, plural y abierto, en el que, desde la ilusión y sin renunciar a la calidad y el rigor, tengan cabida todos cuantos se ocupan y preocupan del derecho local. En consecuencia, las sugerencias y las aportaciones de los lectores serán siempre un miembro privilegiado de nuestro consejo de redacción. Quien camina en silencio ignora el conocimiento añadido que suministra el diálogo. Os animamos, por tanto, a que consultéis la web de la Fundación (www.gobiernolocal.org) y a que nos enviéis vuestros trabajos o vuestras opiniones.

Francisco Caamaño
*Director de la Fundación
Democracia y Gobierno Local*

La sección “Estudios” publica trabajos realizados por magistrados y jueces, profesores universitarios y profesionales al servicio de las administraciones públicas sobre temas de actualidad jurídica y cuestiones que de manera reiterada y constante ocupan a los operadores jurídicos que actúan en el ámbito de la Administración local. El objetivo principal es mostrar las distintas perspectivas que resultan de esta triple visión.

Este planteamiento se inserta en uno de los objetivos principales de la Fundación Democracia y Gobierno Local, que consiste precisamente en convertirse en una plataforma de encuentro entre la judicatura, la universidad y la Administración.

Los trabajos tendrán su origen, en la mayoría de las ocasiones, en las ponencias y las conferencias que se impartan en las sesiones de trabajo que organice la Fundación Democracia y Gobierno Local en solitario o en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, las universidades, las administraciones públicas u otras instituciones.

En este número de la revista, publicamos trabajos realizados por miembros de la judicatura y de la universidad. De la judicatura provienen los estudios realizados por los magistrados Rafael Fernández Montalvo y Emilio Aragonés Beltrán, que tratan, el primero, sobre un tema de larga actualidad, “Contaminación acústica y competencias locales en materia de protección medioambiental”, y el segundo, de última hora, prácticamente un tema de cierre de edición, “La reforma de las haciendas locales y del catastro”.

De la universidad, los estudios realizados por los profesores Manuel Medina Guerrero e Ignacio Villaverde Menéndez, del área de derecho constitucional, y Viçenc Aguado Cudolá, del área de derecho administrativo.

El primero trata sobre “La garantía constitucional de la suficiencia financiera de las entidades locales”, y analiza la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y la experiencia alemana, de un enorme interés, ya que, como afirma del autor del trabajo, la jurisprudencia de los *länder* “muy probablemente, sea la que más ha avanzado en el empeño de lograr que el principio de suficiencia abandone el terreno de las proclamaciones retóricas para convertirse en un mandato jurídico dotado de verdadera eficacia en la práctica”.

El segundo trabajo proyecta el régimen jurídico de la protección de datos personales, todavía insuficientemente interiorizado en el funcionamiento de los entes locales, sobre el padrón municipal, un registro administrativo de vecinos y un fichero informatizado de sus datos personales, instrumento clave para el establecimiento de relaciones jurídicas entre las administraciones públicas y los ciudadanos.

El tercero, “La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)”, completa la primera parte publicada en el QDL 0.

Contaminación acústica y competencias locales en materia de protección medioambiental

Rafael Fernández Montalvo
*Magistrado
del Tribunal Supremo*

1. Contaminación acústica y medio ambiente. Previsiones constitucionales.
2. La contaminación acústica y los derechos fundamentales.
 - 2.1. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.2. Doctrina del Tribunal Constitucional español. 2.3. Doctrina del Tribunal Supremo.
3. La competencia de las administraciones públicas en materia de medio ambiente.
 - 3.1. El reparto competencial entre la Unión Europea y los estados miembros. 3.2. Competencias del Estado y de las comunidades autónomas. 3.3. Competencias de las entidades locales. 3.3.1. Sistema de atribución de competencias a las entidades locales. 3.3.2. Las competencias de las entidades locales en materia de medio ambiente.
4. Las competencias de las entidades locales en la lucha contra la contaminación acústica.
 - 4.1. Planteamiento general. 4.2. Normativa general sobre la contaminación acústica. El RAM y la regulación de las comunidades autónomas. 4.2.1. El sistema del RAM. 4.2.2. Sistemas de control de las comunidades autónomas frente a la contaminación. 4.3. Tratamiento jurídico de algunas de las fuentes productoras de ruido. 4.3.1. Ruidos de origen interior. 4.3.2. Circulación terrestre. 4.3.3. Circulación aérea. 4.3.4. Obras.
5. Responsabilidad de las administraciones locales por la contaminación acústica.
 - 5.1. La impugnación de los actos denegatorios de licencias y de actos sancionadores. 5.2. La responsabilidad de la Administración por la contaminación acústica.

1. Contaminación acústica y medio ambiente. Previsiones constitucionales

El ruido causado por diversas actividades (circulación, industria, ocio) es, sin duda, uno de los principales problemas para el medio ambiente, con incidencia muy destacada en la salud.¹

En España, la preocupación por el medio ambiente y, en concreto, por el impacto que en él produce el ruido es claramente perceptible en actuaciones individuales y colectivas de los ciudadanos. Se multiplican los procesos judiciales en los que está presente la queja por la contaminación acústica, se reiteran las manifestaciones públicas de protesta por problemas relacionados con el incremento del ruido, de las que se hacen destacado eco los medios de comunicación social, y son constantes las reclamaciones ante instituciones y autoridades, como el Defensor del Pueblo o las distintas administraciones públicas: Administración del Estado, comunidades autónomas y, sobre todo, ayuntamientos, como administraciones que se sienten más próximas al ciudadano.

El artículo 45.1 de la Constitución española (CE, en adelante) reconoce “el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”, e impone a los poderes públicos la obligación de defenderlo y restaurarlo, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Dicha previsión constitucional se incluye entre los principios rectores de la política social y económica (capítulo III del título I) que, como establece el artículo 53.3, han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y, en consecuencia, han de ser desarrollados por el legislador ordinario. Se trata, por tanto, de una previsión constitucional con indudable valor normativo que ha servido a la jurisprudencia, poniéndola en relación con los artículos 26 y 18 de la ley reguladora de las bases de régimen local, Ley 7/1985, para afirmar la existencia de la obligación municipal, “correlativa con el derecho del recurrente”, de proteger el medio am-

biente y la salubridad pública (STS de 25 de abril de 1989).

Ahora bien, si dicho precepto es la referencia constitucional más claramente relacionada con la contaminación acústica, no es sin embargo la única, ya que pueden anudarse a otras menciones y previsiones constitucionales competencias administrativas relacionadas con las actividades productoras de ruido.

Así, en el preámbulo de la Constitución se hace referencia a la necesidad de promover “la calidad de vida”. Pero, además, el ruido no puede ser, en modo alguno, ajeno a las referencias constitucionales: a la protección de la salud y al deber de respetarla (artículo 43); a la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad y la higiene en el trabajo (artículo 40.2); a la defensa de los consumidores (artículo 51), y, en fin, al derecho a disfrutar de una vivienda digna (artículo 47).

Pero la importancia de los daños del ruido y la actual sensibilización por su impacto han planteado la cuestión de si puede considerarse que la contaminación acústica afecta, incluso, a derechos fundamentales reconocidos en la sección primera del capítulo II del título I,² con la consiguiente elevación del grado de protección. Éste es el criterio que, precisamente, ha inspirado recientes actuaciones procesales en las que el demandante, ante la inactividad de la Administración frente a la contaminación acústica, reclama responsabilidad patrimonial a la Administración local e impugna, posteriormente, la denegación expresa o presunta a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

2. La contaminación acústica y los derechos fundamentales

De los derechos fundamentales, los que pueden considerarse más directamente afectados por la contaminación acústica son el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE), la intimidad personal y familiar, y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.1 y 2 de la CE). Y así, de acuerdo con la tesis

1. El ruido no sólo afecta a la capacidad auditiva. La saturación de decibelios genera estrés, ansiedad, irritabilidad, disminución de la capacidad de concentración, dolor de cabeza y en casos extremos depresión. La Convención de Estocolmo de 1972 determinó que el ruido era uno de los agentes contaminantes más agresivos en los cascos urbanos y en los polígonos industriales.

Como advierte L. Martín-Retortillo Baquer, quien quiera enfrentarse hoy en España con los problemas jurídicos que se plantean en torno al ruido ha de hallar material del mayor interés en los informes del Defensor del Pueblo (Informe del Defensor del Pueblo de 1994). En su trabajo *Medio ambiente sonoro (derecho del medio ambiente y Administración local)*. Madrid: Diputación de Barcelona y Civitas, 1996, se hacía eco de los informes del Justicia Mayor de Aragón correspondientes a 1991 y del Ararteko vasco de 1989, y destacaba: a) reiteración en los informes al problema del ruido; b) el variado origen del ruido, aunque con especial significación e importancia del que procede de las “actividades de ocio”, que se une así a la tradicional

fuente que constituye la industria; c) la posibilidad de que el ruido pueda convertirse en problema de orden público; d) la generalizada sensación de indefensión de los ciudadanos frente a la incidencia perturbadora del ruido; e) el problema que representa determinar la Administración competente en relación con la contaminación acústica; f) la evidencia de que, en todo caso, los ayuntamientos tienen importantes competencias que se proyectan sobre actividades productoras de contaminación acústica, y g) la competencia administrativa en relación con las actividades causantes de ruido no es sólo previa sino también posterior y constante al desarrollo de aquéllas para velar por el cumplimiento de los requisitos y las exigencias encaminadas a paliar la incidencia de la contaminación acústica.

2. Plantearon y sostuvieron que la contaminación acústica afecta a los derechos fundamentales SOSA WAGNER, “La lucha contra el ruido”, y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional”, en RAP, núm. 15, 1988.

que propugna la incidencia de la contaminación acústica en tales derechos, ya no se trata sólo de controlar la intensidad de los ruidos y las vibraciones, en sentido abstracto, sino de asociar el ruido como agente patógeno, producido por distintas fuentes (aviones, viviendas cercanas, bares, etc.), a la integridad de derechos subjetivos dotados de valor fundamental, según una interpretación de los mismos acorde con los tratados y los acuerdos internacionales según dispone el artículo 10.2 de la CE.³

2.1. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) se ha pronunciado en ocasiones recientes sobre la trascendencia que para los derechos fundamentales puede tener una actividad perturbadora del medio ambiente o productora de ruido singularmente intenso:

a) En Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España), después de examinar el artículo 45.1 de la CE y la legislación correspondiente sobre protección atmosférica, así como el Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, de 30 de noviembre de 1961 (RAM, en adelante) y el artículo 347 del Código penal, en relación con la concentración de industrias dedicadas al tratamiento de cuero, declara la vulneración del artículo 8 de la Convención en la

medida en que garantiza a todas las personas el derecho a ver respetada su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia, condenando a España a pagar una indemnización.⁴

b) En Sentencia de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra y otros contra Italia) declara que Italia infringe el artículo 8 de la Convención, apartado 1 (toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia), al no acordar medidas concretas para disminuir la contaminación y los riesgos derivados de una instalación de producción de fertilizantes y compuestos químicos.⁵

c) En Sentencia de 2 de octubre de 2001 (caso Hutton y otros contra el Reino Unido) analiza, desde la perspectiva del artículo 8 de la Convención, la incidencia del ruido producido por las operaciones de despegue y aterrizaje en el aeropuerto de Heathrow, y considera infringido no sólo dicho precepto sino también el 13 de la Convención, e impone al Estado la obligación de pagar a los demandantes distintas cantidades en concepto de daños morales.⁶

2.2. Doctrina del Tribunal Constitucional español

En España, el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) también se ha referido a la protección de los derechos fundamentales frente a la perturbación del medio am-

3. Cf. PULIDO QUECEDO, M., "Sobre la defensa frente al ruido y el derecho a la intimidad. Tribunal Constitucional, Aranzadi 8/2001, y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., "La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica", en *La Ley*, núm. 5437, de 11 de diciembre de 2001.

L. Martín-Retortillo considera como antecedente una STC de 17 de febrero de 1984 en la que se da un concepto de domicilio asociado con la defensa que de la invasión del mismo puede venir del exterior, bastante más amplio que el derivado de la simple invasión material o física: a través de este derecho, no sólo es objeto de protección el espacio físico o en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos o análogos.

4. La planta industrial, en Lorca, comenzó su funcionamiento en 1988 sin haber obtenido la correspondiente licencia municipal, en los términos establecidos en el RAM. Como consecuencia del mal funcionamiento tuvo que evacuarse a algunos residentes. El 9 de septiembre de 1988, el ayuntamiento ordena clausurar parte de las instalaciones, pero permite la continuación del tratamiento de determinados residuos. Después de intentar encontrar una solución con las autoridades municipales, el señor López Ostra interpone un recurso de amparo por infracción de los artículos 15 (derecho a la integridad física), 18 (derecho a la vida privada y a la inviolabilidad del domicilio) y 19 (derecho a elegir libremente la residencia). Tal recurso no es admitido, con fecha de 26 de febrero de 1990, por carencia manifiesta de fundamento, pues

considera que la presencia de olores y ruidos no es por sí misma suficiente para entender infringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

5. Se trataba de una instalación en el municipio de Mont Sant'Angelo para la producción de fertilizantes y productos químicos. Los núcleos del municipio de Manfredonia (Foggia), situado a un kilómetro de la fábrica, denunciaron la situación. Después de diversos accidentes producidos por la liberación de gases tóxicos y de la absolución de los administradores de la sociedad propietaria por el Tribunal de Apelación de Bari, las autoridades administrativas no llegaron a una situación definitiva. En concreto, el Ayuntamiento de Mont Sant'Angelo esperó instrucciones del servicio de protección civil con el fin de tomar las medidas a seguir en caso de accidentes.

6. Heathrow es uno de los aeropuertos que soporta una mayor actividad en el mundo. Durante los años 1978 a 1987 se publicaron por la autoridad civil inglesa diversos informes relativos al ruido producido por los aviones y su incidencia sobre el sueño. En 1993, el Gobierno publicó un trabajo en el que se anunciaba un proyecto para regular el vuelo nocturno en los tres aeropuertos de Londres (Heathrow, Gatwick y Stansted), indicándose que si se restringían aquéllos podrían dejar de ser competitivos. El proyecto consistía en asignar determinadas "cuotas de ruido" para los vuelos nocturnos. Las autoridades locales de los alrededores de los tres aeropuertos de Londres solicitaron la revisión judicial del proyecto de 1993 elaborado por la Secretaría de Estado, acudiendo a la Court of Appeal, la cual, tras los oportunos informes, en 16 de agosto de 1996, decidió que la Secretaría de Estado había ofrecido razones suficientes para justificar sus conclusiones, aun a riesgo de provocar algún inconveniente en la capacidad de las personas para conciliar el sueño por las noches. Dicha resolución fue declarada contraria a derecho por decisión de la High Court, la cual apreció vulneración de la Sección 78 de la Civil Aviation Act de 1982, según la cual el secretario de Estado podía, con objeto de mitigar o suprimir los efectos del ruido derivados de las maniobras de despegue y aterrizaje, prohibir o reducir las operaciones durante determinado período, dado que no se especificaba en el programa el número de operaciones de despegue o aterrizaje permitidas. La Cámara de los Loes, en 12 de noviembre de 1996, rechazó una petición de las autoridades locales para entablar un recurso contra la decisión de la Court of Appeal.

biente como consecuencia de la contaminación acústica. Así, en STC 119/2001, de 24 de mayo, declara que el ruido puede llegar a representar un factor patógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos,⁷ y recuerda, de una parte, el valor que por virtud del artículo 10.2 de la CE ha de reconocerse a la doctrina del TEDH en su interpretación y su tutela de los derechos fundamentales (STC 35/1995, de 6 de febrero), y, de otra, el criterio de este Tribunal manifestado en las citadas sentencias de 9 de diciembre de 1994 y de 19 de febrero de 1998, según el cual, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños medioambientales, aun cuando no se ponga en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8 de la Convención de Roma. Si bien ello no puede suponer una traslación mimética de la doctrina del TEDH que ignore las diferencias normativas existentes entre la CE y la Convención Europea de Derechos Humanos ni la necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y la eficacia de los derechos fundamentales.

Partiendo de tales premisas, aunque el TC deniega el amparo solicitado porque no se considera que se haya acreditado que nos encontremos ante la existencia de una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos imputables al ayuntamiento (en este caso de Valencia),⁸ formula la siguiente doctrina:

a) Cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en peligro la salud de las personas, esta situación puede implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo para la salud implica una vulneración del artículo 15 de la CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el límite a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado por el artículo 15 de la CE.

b) La exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y

familiar, en el ámbito domiciliario (artículo 18.1 y 2 de la CE) en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o el menoscabo provengan de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

Por consiguiente, el TC, aunque su pronunciamiento en el caso concreto fuera desestimatorio, admite que el ruido ambiental (procedente, en el supuesto contemplado, de una zona de bares) puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física, a la intimidad personal y familiar y al domicilio, y que tal omisión puede vincularse, a su vez, a la conducta omisiva de la Administración municipal.

Esta doctrina suscita dudas relacionadas con la imputación, particularmente respecto a si los efectos perjudiciales derivados de actividades desempeñadas por los particulares pueden ponerse a cargo del ayuntamiento que no es el causante material y directo del ruido.⁹ Dudas que pueden trasladarse también, en algunos supuestos, a la exigencia de responsabilidad patrimonial a los entes locales por la no-cesación de actividades generadoras de contaminación acústica.

2.3. Doctrina del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS, en adelante) no se ha manifestado muy favorable a admitir la vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de la contaminación acústica. Así, en Sentencia de 21 de noviembre de 2001 examina la cuestión desde la perspectiva del derecho a la integridad física y moral (artículo 15).

La pretensión de los demandantes se centraba en solicitar que se anulase la resolución de la Comisión de Gobierno de un ayuntamiento que había otorgado licencia para el funcionamiento de un Café Bar Especial-PUB por infracción del artículo 15 de la Constitución, ya que entendían que el nivel de ruido que producía el establecimiento al que se refería la licencia de funcionamiento concedida lesionaba la integridad física y moral de los recurrentes y de sus familiares, cuyas viviendas lindaban con el aludido establecimiento, produciendo un deterioro a su salud, ya que dichos niveles de ruido excedían de los límites permitidos por el ordenamiento.

El TS desestima la pretensión porque el derecho que protege el artículo 15 de la Constitución no alcanza a considerar que el hecho de soportar unos niveles de

7. Así lo acreditan las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso restar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel de ruido elevado tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas).

8. Se trataba de una reclamación contra el Ayuntamiento de Valencia por los daños de todo tipo, incluidos los referidos a la salud, formulada por una ciudadana, y derivados de la elevada contaminación acústica que venía padeciendo en su domicilio, por los ruidos provocados en una "zona acústicamente saturada", así como por una discoteca existente en la zona.

9. Cf. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001, de 24 de mayo".

ruido excesivos lesione la integridad física o moral de la persona. Cualesquiera que sean las graves molestias que pueden causar los ruidos producidos por el funcionamiento de un local público, no pueden llegar a calificarse tales molestias, aun reconociendo esa gravedad, como un ataque dirigido a lesionar el cuerpo o el espíritu de una persona, aunque se trate de un menor de edad, como los hijos de los recurrentes. El ordenamiento jurídico ofrece medios suficientes para obligar a los propietarios de estos establecimientos a no superar los niveles de ruido fijados reglamentariamente. Pero, desde luego, entre dichos medios no se encuentra calificar tales ruidos como una lesión a la integridad física de la persona, que supone el infligirle unos daños corporales, o a su integridad moral, que comprende la protección de la capacidad mental y anímica del hombre. Debe, no obstante, tenerse en cuenta que, como destacaba el ministerio fiscal, en las alegaciones formuladas dentro del recurso de casación, faltaba "llamativamente" en el supuesto enjuiciado la gravedad o la intensidad del ataque a la persona que haga posible hablar de un atropello a la integridad lesivo del artículo 15 de la Constitución.

3. La competencia de las administraciones públicas en materia de medio ambiente

3.1. El reparto competencial entre la Unión Europea y los estados miembros

Los problemas que presenta el medio ambiente han adquirido en la actualidad dimensiones que exigen soluciones supranacionales. El nivel estatal no resulta suficiente para dar adecuadas respuestas a cuestiones relacionadas con el medio ambiente que rebasan su propio territorio.¹⁰

Sin embargo, la política ambiental es una cuestión relativamente nueva en el ámbito de la Unión Europea.

10. Cf. RIVAS CASTILLO, María Isabel, "La contaminación acústica. Un nuevo reto en la protección del medio ambiente", *Revista para el desarrollo sostenible*, octubre-diciembre de 2000.

Las Naciones Unidas establecieron en 1983 la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, presidida por la entonces primera ministra noruega Harlem Brundtland, con el encargo de examinar los problemas más acuciantes del medio ambiente y el desarrollo, y formular propuestas realistas. El informe de la Comisión, publicado en 1987, tuvo como título "Nuestro futuro común", también conocido como Informe Brundtland, y en él se propone lograr un desarrollo sostenible o duradero que se define como "el desarrollo que satisface nuestras necesidades sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias necesidades".

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo que se celebró en Río de Janeiro los días 3 y 14 de junio de 1992 adopta la Declaración de Río, que consta de 27 principios donde se establecen las bases sobre las que los estados tienen que cooperar para una mayor consolidación del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible. Esta declaración supone la definitiva consagración del objetivo del "desarrollo sostenible" como principio fundamental que debe guiar

Los tratados de París y Roma constitutivos de las comunidades europeas no incluyen ningún precepto del que pudiese derivar competencia comunitaria en materia de medio ambiente.

En 1972, el Consejo solicitó a la Comisión propuestas de acción comunitaria en materia de medio ambiente. El resultado fue el primer Programa de Acción Comunitaria de Medio Ambiente (1973), al que seguirían otros programas. Por tanto, puede decirse que a partir de 1972 la cuestión medioambiental está presente en la Comunidad Europea, primero de modo indirecto y después de modo directo, como política propia de la Unión Europea.

El Acta Única Europea (1986) representa un paso importante en la preocupación por el medio ambiente en el seno de la Comunidad Europea. Supone la incorporación formal de la competencia comunitaria medioambiental al derecho originario de la Comunidad. Es en este texto donde se reconoce de manera expresa la necesidad de transferir a la entonces Comunidad Europea la responsabilidad de la política medioambiental, y desde entonces es necesario tener en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente en todas las áreas de la actuación comunitaria.

El Tratado de la Unión Europea (1992) aporta cambios en la redacción de los preceptos, cuya numeración persiste, aunque agrupados en el título XVI ("Medio ambiente") de la parte tercera ("Políticas de la Comunidad") del Tratado de la CE, y también se incluyen referencias expresas al medio ambiente entre los objetivos y las acciones generales de la Comunidad (artículos 2 y 3 del Tratado de la CE). De manera que la política ambiental europea constituye ya una línea de actuación plenamente consolidada bajo la óptica jurídica.

Tras las modificaciones llevadas a cabo por el Tratado de Ámsterdam (1997), la política del medio ambiente está contemplada en los artículos 174 a 176 del Tratado

todas las políticas o las normas dirigidas a la protección del medio ambiente.

El Convenio sobre Biodiversidad es un tratado firmado en la Conferencia de Río por 153 estados y por la Comunidad Europea el 5 de junio de 1992, cuyos objetivos son "la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos". El Convenio establece objetivos para la preservación integral de la diversidad biológica.

El Convenio marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático fue firmado en Nueva York por 155 estados y por la Comunidad Europea el 9 de mayo de 1992. El objetivo del Convenio es lograr la estabilización de las concentraciones de gas de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. En la primera Conferencia de las Partes, que se celebró en Berlín en marzo de 1995, se decidió negociar un protocolo que contuviera medidas de reducción de emisiones para el período posterior al año 2000 en los países industrializados. A raíz de la labor desarrollada por un grupo de trabajo *ad hoc*, el protocolo fue adoptado el 10 de diciembre de 1997 en la tercera Conferencia de las Partes que se celebró en Kioto (cf. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Madrid: Dykinson, 2001).

de la Comunidad Europea, actualizándose las previsiones que al respecto incorporó el Acta Única.

En los citados preceptos se establece: a) la afirmación de la competencia propia de la Comunidad Europea y la determinación de su relación con la competencia de los estados miembros, y b) la determinación de los objetivos, los medios y los principios que han de orientar la actuación de la política medioambiental, así como las medidas de armonización necesarias, los órganos y los mecanismos para la toma de decisiones y la financiación de dichas medidas.

Por otra parte, deben destacarse dos aspectos: la exigencia de la integración de la política del medio ambiente de la Unión Europea en la definición y la realización de las demás políticas de la Unión, y la necesidad de medidas de armonización y cooperación en materia de medio ambiente con terceros países, sin perjuicio de que los estados miembros negocien de forma independiente dentro de sus competencias.

Por lo que se refiere al derecho derivado, la intervención comunitaria en el medio ambiente se ha traducido en una amplia normativa, integrada fundamentalmente por directivas. En realidad, desde que, en 1967, se aprobó la primera directiva de carácter ambiental, la protección y la conservación del medio ambiente ha sido una de las inquietudes de la Comunidad Europea. Así, cabe destacar la regulación de la técnica de la evaluación del impacto medioambiental o sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Pero una de las actuaciones más ambiciosas que se han puesto en marcha en el seno de la Unión Europea para la aplicación del principio de prevención en el funcionamiento de las instalaciones industriales más contaminantes ha sido la aprobación de la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación, mediante la que se establecen medidas para evitar, o al menos reducir, las emisiones de estas actividades a la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos, para alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto.

La incorporación al ordenamiento interno español de la mencionada Directiva 96/61/CE se ha llevado a cabo por medio de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

Asimismo, en el aspecto institucional destaca la creación de la Agencia Europea de Medio Ambiente.

En relación con el problema concreto del ruido, la Comunidad, durante muchos años, se ha limitado a fijar los niveles máximos de ruido respecto a los vehículos,

los aviones y las máquinas con el propósito de perfilar el mercado único o, en el caso de las aeronaves, de aplicar los tratados internacionales, y de determinar al mismo tiempo los procedimientos de certificación destinados a garantizar la conformidad de los nuevos vehículos y equipamientos a las normas sobre el ruido fijadas en las directivas.

De esta forma, los estados miembros debían adoptar los criterios técnicos comunitarios sobre los niveles máximos de contaminación acústica admisibles, así como establecer el procedimiento de comprobación y de certificación de los productos en lo que afecta a su homologación para el comercio intracomunitario. Pero todas las directivas de homologación en materia de ruido eran opcionales, es decir, los estados podían imponer en su territorio criterios más flexibles a los productos, pero, en cambio, no podían denegar la admisión de un producto que cumpliera los requisitos europeos.

En 1991, la Comunidad puso en marcha un proceso de aprobación de directivas que impusieran el sistema de homologación única de vehículos de motor como elemento esencial de la libre circulación en el sector automovilístico.

Las directivas en vigor establecen los niveles sonoros admisibles en determinados productos y los criterios técnicos de homologación comercial de los productos regulados, habiéndose adoptado normas aplicables en los siguientes sectores:¹¹ a) vehículos de motor: existe un conjunto de directivas que establecen límites para las emisiones sonoras, entre otros, para los vehículos de motor, las motocicletas, los tractores agrícolas y forestales (Directiva 96/20/CE, de la Comisión, de 26 de marzo, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 70/157/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos de motor); b) instalaciones y equipos de construcción, señalándose métodos de medición del ruido emitido por máquinas, sistema opcional de homologación de equipos e instalaciones y los concretos niveles de ruido admisibles procedentes de máquinas de obras (Directiva 2000/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros sobre emisiones sonoras en el entorno debidas a las máquinas de uso al aire libre), y c) potencia acústica de un grupo heterogéneo de aparatos y productos, como aviones comerciales, cortadoras de césped y aparatos electrodomésticos (Directiva 86/594/CEE del Consejo, de 1 de diciembre de 1986, relativa al ruido aéreo emitido por

11. Cf. POMED SÁNCHEZ, LUIS, "La protección del medio ambiente como función estructural del Estado en el seno de la Unión Europea: Entrecruzamiento de competencias", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 98, abril-junio de 1998; DE MIGUEL PERALES, CARLOS, "Derecho español del me-

dio ambiente", Madrid: Civitas, 2000; LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, "Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental"; ROVIRA DAUDÍ, MARÍA JOSÉ, "Hacia la configuración jurídica de la política comunitaria del Medio Ambiente".

los aparatos domésticos; Directiva 2002/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de marzo de 2002, sobre el establecimiento de normas y procedimientos para la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido de los aeropuertos comunitarios; Directiva 92/14/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1992, relativa a la limitación del uso de aviones objeto del anexo 16 del Convenio relativo a la aviación civil internacional, y Directiva 89/629/CEE del Consejo, de 4 de diciembre de 1989, relativa a la limitación de emisiones sonoras de los aviones de reacción subsónicos civiles).

Ahora bien, la instrumentación de la política ambiental europea a través de directivas de armonización y de programas de acción representa el primer momento de su realización que requiere su efectiva aplicación a través de la doble función de incorporación legislativa de la normativa comunitaria y de la ejecución administrativa de sus disposiciones. Dualidad de funciones susceptible de un tratamiento a partir del principio de autonomía institucional, conforme al cual la titularidad de la competencia para desempeñar ambas actividades es, en principio, ajeno al derecho comunitario europeo. A éste le interesa el exacto cumplimiento, correspondiendo la determinación de la instancia competente al derecho interno, aunque son los estados los garantes inmediatos de la plena efectividad del ordenamiento comunitario.

Con este planteamiento han venido a coincidir tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE, en adelante) como el TC. Éste ha señalado que “el ingreso de España en la CEE y la consiguiente transposición de las normas de derecho comunitario derivado no altera las reglas constitucionales de distribución de competencias, correspondiendo la ejecución, en sentido amplio, del derecho comunitario a quien materialmente ostente la competencia según las reglas del derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario” (STC 236/1991, de 12 de diciembre). Si bien la doctrina constitucional reconoce un limitado poder de sustitución al Estado central cuando de la inactividad de los poderes regionales pudiera derivarse la responsabilidad en la esfera internacional del Estado (STC 79/1992, de 28 de mayo). En efecto, al Estado corresponde, en virtud del artículo 93 de la CE “la garantía del cumplimiento” del derecho comunitario y es él quien responde, como Estado miembro de la Unión, de cualquier incumplimiento ante el TJCE, conforme a los artículos 226 y 227 del Tratado, pudiendo ser sancionado por el Tribunal al pago de sumas a tanto alzado o de multas coercitivas en

el caso de no corregir la vulneración tras haber sido declarada por una sentencia previa del TJCE (artículo 228).¹²

3.2. Competencias del Estado y de las comunidades autónomas

El medio ambiente aparece como un concepto amplio e interdisciplinar, caracterizado por su transversalidad y horizontalidad, sobre el que se proyectan competencias concurrentes de las distintas administraciones públicas. Se trata de una materia con capacidad de incidir y ser incida en y por otras materias a las que corresponden títulos competenciales específicos. Esta característica ha sido destacada por el Tribunal Constitucional en procesos de constitucionalidad seguidos en relación con la Ley de aguas y la Ley de costas (STC 227/1988 y 149/1991), señalando que sobre un mismo espacio físico pueden concurrir competencias acogidas a títulos competenciales específicos atribuidos a administraciones distintas, y de forma expresa al afirmar que “lo medioambiental” es el ingrediente que debe sazonar otras políticas sectoriales (STC 102/1995). Y, asimismo, ha de tenerse en cuenta la existencia de títulos competenciales afines y colindantes.¹³

De acuerdo con el artículo 149.1.23 de la CE, corresponde al Estado la definición de las bases de su protección, mientras que las comunidades autónomas asumen, de forma generalizada, las competencias de desarrollo de lo básico y de ejecución.

La doctrina del TC (STC 64/1982, de 4 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad sobre protección de espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas; 82/1982, de 21 de diciembre, recurso de inconstitucionalidad sobre protección de la zona volcánica de La Garrotxa; 227/1988, de 29 de diciembre, recursos de inconstitucionalidad sobre la Ley de aguas; 170/1989, de 19 de octubre, recurso de inconstitucionalidad sobre el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares; 45/1991, de 28 de febrero, conflictos positivos de competencia sobre zonas de agricultura de montaña; 66/1991, de 22 de marzo, impugnación del Gobierno al amparo del artículo 161.2 de la CE, sobre prohibición de venta de cangrejos vivos de río; 149/1991, de 4 de julio, recursos de inconstitucionalidad acerca de la Ley de costas; 172/1992, de 29 de octubre, recursos de inconstitucionalidad sobre residuos sólidos industriales; 234/1993, de 15 de julio, conflictos positivos de competencias sobre concesión de aprovechamiento de aguas en los ríos Ponga, Sella y Dobra; 329/1993, de 12 de

12. El control de la inactividad o de la incorrecta transposición o desarrollo por normas administrativas autonómicas corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo.

13. Cf. PÉREZ MARTOS, José, “Veinte años de jurisprudencia constitucional sobre el medio ambiente”, *Revista de estudios de la Administración local*, 186-287, mayo-diciembre de 2001.

noviembre, conflictos positivos de competencia sobre normas de calidad del aire en lo referente a la contaminación de dióxido de azufre; 36/1994, de 10 de febrero, recursos de inconstitucionalidad sobre protección y armonización del mar Menor; 102/1995, de 26 de junio, recursos de inconstitucionalidad sobre la Ley de espacios naturales; 156/1995, de 26 de febrero, recurso de inconstitucionalidad sobre la Reserva de la Biosfera Urbai; 163/1995, de 8 de noviembre, cuestión de inconstitucionalidad sobre el Inventario de Espacios Protegidos en Andalucía; 16/1996, de 1 de febrero, recurso de inconstitucionalidad sobre los presupuestos generales del Estado; 118/1996, de 27 de junio, recursos de inconstitucionalidad sobre regulación de transporte de viajeros por carretera; 161/1996, de 17 de febrero, recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley reguladora de la administración hidráulica de Cataluña; 196/1996, de 28 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad sobre infracciones administrativas en materia de caza y pesca fluvial; 199/1996, de 3 de diciembre, recurso de amparo sobre delito ecológico; 16/1997, de 30 de enero, recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de caza; 28/1997, de 13 de febrero, cuestión de inconstitucionalidad sobre ordenación y protección de áreas naturales de interés especial; 13/1998, de 22 de enero, conflicto positivo de competencias sobre evaluación de impacto medioambiental; 14/1998, de 22 de enero, recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de caza; 15/1998, de 22 de enero, recurso de inconstitucionalidad sobre pesca fluvial; 40/1998, de 19 de febrero, recursos de inconstitucionalidad sobre Ley de puertos del Estado; 110/1998, de 21 de mayo, recurso de inconstitucionalidad sobre protección de ecosistemas acuáticos y regulación de la pesca; 118/1998, de 4 de junio, conflictos positivos de competencias sobre Reglamento de administración pública del agua y planificación hidrológica; 177/1999, de 11 de octubre, recurso de amparo sobre delito contra el medio ambiente; 73/2000, de 14 de marzo, cuestión de inconstitucionalidad sobre la presa de Iztoiz; 90/2000, de 30 de marzo, recurso de inconstitucionalidad sobre prevención del impacto ecológico; 248/2000, de 19 de octubre, cuestión de inconstitucionalidad sobre declaración de Sa Punta de n´Amer como Área Natural de Especial Interés; 119/2001, de 24 de mayo, recurso de amparo sobre indemnización contra el Ayuntamiento de Valencia, y ATC 428/1989, de 21 de julio y 29/1990, de 16 de enero) puede sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Corresponde al Estado una ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las comunidades autónomas con competencia en la materia establezcan niveles de protección más elevados. El legislador autonómico puede completar o elevar los niveles de protección, pero no disminuirlos (STC 170/1989, de 19 de octubre).

b) En materia de medio ambiente, el deber estatal de dejar un margen de desarrollo de la legislación básica es menor que en otros ámbitos y, en consecuencia, no cabe afirmar la inconstitucionalidad de las normas estatales aduciendo que, por el detalle con que están concebidas, no permiten desarrollo normativo alguno. Si bien la fijación y la elevación de estándares de protección, en línea con la naturaleza concurrente de la competencia, facultan la intervención de las comunidades autónomas (STC 149/1991, de 4 de julio). Esta doctrina, sin embargo, ha sido matizada y corregida por la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, que subraya que no puede agotar el contenido de la regulación. En ella se dice que “el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las comunidades autónomas con competencia en materia de medio ambiente, vaciándola de contenido”.

c) La calificación de lo básico que corresponde al Estado se realiza en función de la suficiencia y la homogeneidad que reconduce a la posibilidad de que las comunidades autónomas adapten el nivel de protección establecido por la política nacional de medio ambiente a las circunstancias de su propio territorio (STC 102/1995, de 26 de junio).

En consecuencia, al Estado le corresponde dictar la legislación básica en materia medioambiental. Y aunque, como hemos señalado, la doctrina del TC no ha sido homogénea, puede entenderse que lo básico consiste en el común denominador normativo que cumple una función de ordenación mínima que ha de respetarse en todo caso, pero que permite que las comunidades autónomas que tienen asumidas competencias establezcan niveles de protección más elevados: “Se trata, pues, de una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable por así decirlo para adaptarlo a las circunstancias de cada comunidad autónoma”. También debe entenderse que el Estado tiene competencias de ejecución relativa a dichas normas básicas, siempre que sean indispensables para la protección de los intereses generales que corresponde tutelar al Estado, como cuando la ejecución tiene un alcance interterritorial o supraterritorial o en circunstancias excepcionales.

Las comunidades autónomas tienen competencias normativas para dictar normas adicionales de protección y para desarrollar la normativa básica con el fin de satisfacer el interés territorial de la comunidad autónoma estableciendo una política propia y adecuada al mismo. Esta normativa de desarrollo puede materializarse a través de ley o de reglamento; su contenido podrá alcanzar a todo lo que no se pueda considerar específicamente como básico, y su control corresponde al

Tribunal Constitucional, si la norma adopta la forma de ley, y a los tribunales del orden contencioso-administrativo, si adopta la forma de reglamento. Corresponde también a las comunidades autónomas la gestión y la función ejecutiva en materia de medio ambiente. Estas competencias de gestión y ejecución son de las normas básicas, así como de aquellas que se dicten para su desarrollo, legislativas y reglamentarias.

3.3. Competencias de las entidades locales

3.3.1. Sistema de atribución de competencias a las entidades locales

El artículo 137 de la CE reconoce autonomía a los municipios y las provincias para la gestión de sus respectivos intereses. Expresión que no significa el reconocimiento de la llamada doctrina del “poder municipal”, sino que se trata de un principio sustantivado a través de la cláusula de garantía institucional de la autonomía local formulado por la doctrina alemana y recogida ya en la temprana STC 32/1981, de 28 de junio.

La autonomía constitucionalmente reconocida a los entes locales se diferencia del sistema constitucional de atribución de competencias que resulta de los artículos 148 y 149 de la CE para las comunidades autónomas. No son los propios titulares de la autonomía local quienes gozan de legitimación para determinar la esfera de sus intereses propios a gestionar, sino que esta determinación se realiza por el legislador con el límite que resulta de la citada garantía institucional. Así, el artículo 2 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, Ley 7/1985, de 2 de abril (LRBRL, en adelante) establece: “1. Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y las de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y la máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. 2. Las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deba corresponder a los entes locales en las materias que regulen.”

El artículo 2.1 de la LRBRL es coherente con una concepción de la autonomía local que supone preservar la institución pero que remite la concreción de las competencias locales, como “no podía ser de otra manera”, a la legislación estatal o autonómica, según el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las

comunidades autónomas. Legislador que, en el caso autonómico, no puede desconocer los criterios generales de los artículos 2.1, 25.2, 26 y 36 de esta ley. Ahora bien, el citado artículo de la LRBRL va más allá “en esa función garantista de las competencias mínimas de las autonomías locales” incidiendo en las competencias de las comunidades autónomas. Y el TC, en Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, no declara inconstitucional el precepto, sino que impone una interpretación que salva la constitucionalidad de una norma que es de remisión. Esta interpretación consiste en decir que dicho apartado debe entenderse “en el sentido de que las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida a las entidades locales por ser ello necesario para su autonomía”. Si la ley básica estatal “excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local habrá invadido competencias comunitarias y será por ello inconstitucional”, correspondiendo al TC “ponderar, en cada caso, si las competencias de ejecución atribuidas a los entes locales son o no necesarias para asegurar su autonomía”.

La autonomía local se conceptúa en el artículo 3 de la Carta Europea de Autonomía Local como “el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, y bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de mayo de 1997, recuerda el sistema de atribución de competencias a los entes locales, y del cual se extraen los siguientes criterios:

a) La LRBRL establece las directrices para llevar a cabo la asignación de competencias que no puede ignorar el legislador autonómico.

b) La propia LRBRL efectúa una declaración de capacidad o de legitimación para actuar en lo que se refiere al fomento y la administración de los intereses peculiares de cada ente local. No se trata en este caso, propiamente, de una atribución de competencia, sino del reconocimiento de la capacidad o de la legitimación de los entes locales para actuar válidamente o promover actividades y servicios en el ámbito de las necesidades y las aspiraciones de sus respectivas comunidades.

c) La LRBRL establece un núcleo competencial mínimo. Esta atribución representa el reconocimiento de “un círculo de protección” competencial, sin perjuicio de las que correspondan a las entidades locales de acuerdo con la legislación específica o como consecuencia de la atribución que efectúen las leyes sectoriales del Estado y de las comunidades autónomas.

d) De acuerdo con el artículo 7 de la LRBRL, las competencias de las entidades locales pueden ser no sólo propias sino también delegadas y complementarias. Las primeras se determinan por la ley, estatal o autonómica,

y se ejercen en régimen de autonomía y autorresponsabilidad, aunque en coordinación con las competencias de las demás administraciones públicas. Las segundas se ejercen bajo la dirección y el control que establezca la administración que delega sus competencias.

La efectividad de la garantía constitucional exige determinar el contenido esencial de la autonomía local que no puede ser ignorado por el legislador al regular los distintos ámbitos de actividad administrativa con incidencia en la esfera de los intereses locales. Así, la autonomía local no está constituida por un catálogo de competencias que esté objetivamente determinado o sea determinable sobre la base de características invariables, sino más bien la facultad de asumir, sin título competencial especial, todas aquellas cuestiones de la comunidad local que no hayan sido transferidas a otras administraciones públicas.

3.3.2. Las competencias de las entidades locales en materia de medio ambiente

La protección jurídica del medio ambiente tiene su primera manifestación en las ciudades, en las actuaciones de las corporaciones locales. Históricamente, en la protección del medio ambiente han tenido un acusado protagonismo dichas corporaciones a través de las competencias de los ayuntamientos en materias de sanidad e higiene. Desde la atribución de la policía de salubridad y la policía de tranquilidad a la facultad de dictar ordenanzas en que se concretan derechos y obligaciones de los vecinos en la materia, los municipios han sido elementos decisivos en la configuración de un marco físico saludable para el desenvolvimiento de la vida vecinal.

En el siglo xx, se asiste a un proceso de centralización, en el que, sin embargo, no puede prescindirse de la administración más próxima a los ciudadanos. Como señala L. Pomed Sánchez, “aun cuando esta creciente concentración de las funciones de protección ambiental puede responder a una lógica, ello no debe hacernos olvidar que el desapoderamiento de las administraciones locales se ha traducido en una significativa reducción de las posibilidades de participación de los interesados en la adecuada gestión de los bienes ambientales.

Una de las consecuencias menos deseables de este hecho ha sido el paulatino desplazamiento del principio democrático por el principio burocrático también en lo ambiental”¹⁴

La proximidad de las corporaciones locales a los problemas medioambientales concretos cualifica especialmente a esta Administración para ejecutar y gestionar con eficacia la normativa ambiental. Como también resulta del principio de subsidiariedad que se proclama en el artículo 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local, según el cual “el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos”. Por consiguiente, de acuerdo con este principio la atribución de una responsabilidad pública a otra autoridad debe estar justificada en la amplitud o la naturaleza de las tareas y en los requerimientos de eficacia y economía, lo que obliga a que cualquier distorsión del principio general de atribución al ente más cercano a los ciudadanos deba de motivarse de modo concreto y razonable en la apreciación de intereses públicos prevalentes.¹⁵

En síntesis, la garantía institucional de la autonomía local que garantiza la Constitución y el principio de subsidiariedad establecido en el indicado artículo 4.3 de la Carta Europea llevan consigo el reconocimiento de competencias locales en el ámbito del medio ambiente. Pero es al legislador, tanto estatal como autonómico, al que corresponde determinar el concreto alcance que corresponde a la competencia de los entes locales en la materia.

Como adelantábamos, la LRBRL distingue las competencias de los entes locales en tres grupos: propias, delegadas y complementarias. Y el artículo 25.2, en el apartado f), incluye entre las competencias propias, por afectar a su círculo de intereses, la “protección del medio ambiente” [apartado f)] y la “protección de la salubridad pública” [apartado h)].

Se trata, por tanto, de una materia sobre la que el legislador ordinario debe reconocer a los municipios competencias propias de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2, según resulta del apartado 3 del artículo 25, ambos de la LRBRL.

14. POMED SÁNCHEZ, L., obra citada. La primera norma que puede destacarse en el siglo xix, en materia de actividades clasificadas, la Orden del Ministerio de Fomento de 8 de enero de 1884, encomienda a las autoridades provinciales y municipales la salvaguarda de los derechos de los particulares y de las corporaciones que pueden verse perjudicados por las industrias.

Poco después aparece en el Código civil la previsión contenida en el artículo 590 con una remisión a los reglamentos. Como consecuencia de ello, se dicta la Instrucción general de sanidad de 12 de enero de 1904, que atribuye a la higiene municipal lo relativo a la supresión, la corrección o la inspección de los establecimientos o las industrias nocivas a la salud pública, y encomienda a cada ayuntamiento la aprobación de un reglamento de higiene que detalle las prescripciones de higiene local y los demás servicios de competencia municipal, con sujeción a las directrices que la propia instrucción determina.

El Reglamento de obras, bienes y servicios de 14 de julio de 1924 ratifica la competencia municipal en materia de licencias y ordenanzas, e intenta sentar criterios técnicos a escala nacional, mediante la aprobación por la Administración central de un nomenclátor que califique a los establecimientos o las industrias en tres categorías: insalubres, incómodas o peligrosas. Como consecuencia de ello, se promulgó la Real orden de 17 de noviembre de 1925, aprobando un reglamento que fue sustituido por el Reglamento de 1961. Cf. LÓPEZ NIETO, *Manual de actividades molestas, insalubres, nocivas y religiosas*.

15. Cf. BANDRÉS, José Manuel, *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Madrid: Diputación de Barcelona, Universidad Carlos III y Marcial Pons, 1999.

El grado de intervención atiende a las características de la materia y a la capacidad de gestión de las entidades locales, teniendo en cuenta, además, los principios de descentralización de la función y el acercamiento de la gestión administrativa a los ciudadanos.¹⁶

Por otra parte, además de la protección del medio ambiente, hay otras materias con un intenso contenido medioambiental en las que es fundamental la competencia municipal, como la ordenación del tráfico de vehículos, la protección civil y la prevención de incendios, la ordenación, la ejecución y la disciplina urbanística, la defensa de usuarios y consumidores, el suministro de agua, la recogida y el tratamiento de residuos, el alcantarillado y el tratamiento de aguas residuales, etcétera.

Por otra parte, el artículo 26 de la LRBRL establece como servicios municipales obligatorios en todos los municipios: la recogida de residuos, el abastecimiento domiciliario de agua potable y el alcantarillado. En municipios de más de 5.000 habitantes, además, el servicio de tratamiento de residuos. En los de más de 20.000 habitantes, el servicio de prevención y extinción de incendios y, concretamente en el apartado 1.d), incluye como servicio obligatorio, para los municipios de más de 50.000 habitantes, el de "protección del medio ambiente". La prestación de tales servicios puede ser exigido por los vecinos, con base en el artículo 18.1.g), y propiciar una actuación substitutoria de la Administración del Estado o de la comunidad autónoma, según el artículo 60.

Esta fórmula de atribución del servicio de protección del medio ambiente en función del número de habitantes es criticada por J. Domper. En primer lugar, por la idoneidad del criterio para la imposición del servicio, pues el correcto establecimiento del mismo se corresponde más con otros parámetros como la actividad propia desarrollada por los municipios o los medios técnicos disponibles por los ayuntamientos. En segundo lugar, por la indeterminación del alcance de la protección del medio ambiente cuando en anteriores párrafos el artículo 26 se refiere a actividades con trascendencia medioambiental. Y, por último, por la configuración del medio ambiente como una materia sobre la que se reconocen competencias concurrentes sin que exista separación de responsabilidades.

En cualquier caso, las previsiones del artículo 26 de la LRBRL revelan el fenómeno de asimetría de los municipios a que se refiere L. Martín-Retortillo, que distingue tres opciones: a) municipios que pueden prestar el común de servicios, bien desde su actual organización,

bien mediante las adaptaciones oportunas; b) municipios con amplitud de posibilidades, que exceden del estándar medio, y c) municipios que no alcanzan, que no llegan a poder prestar la media que podría considerarse deseable.¹⁷

Los municipios, además, pueden ejercer, según el artículo 27 de la LRBRL, competencias por delegación que pueden provenir tanto del Estado como de las comunidades autónomas o de otras entidades locales. Y, según el artículo 28 de la LRBRL, pueden llevar a cabo actividades complementarias de las otras administraciones públicas, en particular las relativas a la protección del medio ambiente.

Por otra parte, como pone de relieve M. C. Alonso García, la atribución de competencias por los legisladores estatales y autonómicos a las entidades locales se complica en el caso de la protección del medio ambiente debido a su carácter multidisciplinar, ya que se diversifica en multitud de sectores, cada uno de los cuales tiene su normativa propia.

Existen, pues, regulaciones parciales en función de las distintas materias (residuos, contaminación atmosférica, vertidos, etc.). No obstante, desde una perspectiva general, debe tenerse en cuenta la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación que, como hemos dicho, incorpora al ordenamiento interno español la Directiva 96/61/CE. El control integrado de la contaminación descansa fundamentalmente en la autorización ambiental integrada, como nueva figura de intervención administrativa autonómica que sustituye y aglutina al conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental. Si bien se limita a fijar únicamente las condiciones exigibles, desde el punto de vista medioambiental, para la explotación de las instalaciones afectadas, por lo que se otorga con carácter previo al de otras autorizaciones o licencias sustantivas exigibles, como las reguladas en el artículo 4.2 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, y la licencia municipal de actividades clasificadas reguladas en el RAM o en la normativa autonómica que resulte de aplicación, que permanecen vigentes, aunque se establecen diversos mecanismos de coordinación con la autorización ambiental integrada.

Es, desde luego, en materia de actividades clasificadas donde se manifiestan, en gran medida, las competencias de las entidades locales en materia de medio ambiente. Pero es necesario tener en cuenta otras normas sectoriales.

16. Cf. DOMPER FERRANDO, J., *El ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. I. Pons, 1992. El legislador básico puede invadir las competencias autonómicas e incurrir en inconstitucionalidad si se excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local. Y, a su vez, el legislador autonómico no básico puede incurrir, en caso de extralimitación, en una doble infracción legal frente a la legislación básica secto-

rial y a la LRBRL, en cuanto a ambas normas corresponde la función de garantizar la autonomía local.

17. Cf. MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, *Administración local y medio ambiente. Derecho del medio ambiente y Administración local*, Madrid: Diputación de Barcelona y Civitas, 1996.

Así, la Ley general de sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril (LGS, en adelante), en su artículo 18.6 establece como actuaciones que deben desarrollar las administraciones públicas “la promoción y la mejora de los sistemas de saneamiento, abastecimiento de aguas, eliminación de tratamiento de residuos líquidos y sólidos, la promoción y la mejora de los sistemas de saneamiento y control del aire con especial atención a la contaminación atmosférica; la vigilancia sanitaria y la adecuación a la salud del medio ambiente en todos los ámbitos de la vida, incluyendo la vivienda”. Y el artículo 42.3 atribuye a los ayuntamientos el ejercicio de “responsabilidades mínimas con relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios”: a) del medio ambiente, donde se integran, entre otras, la contaminación atmosférica, el saneamiento de aguas residuales, los residuos urbanos [...]; b) industrias, ruidos y vibraciones, y c) el medio ambiente en el interior de las viviendas. La Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, establece determinadas previsiones sobre las tareas de cooperación de las corporaciones locales con las demás administraciones públicas (dicha ley es derogada por la Ley 16/2002 en cuanto a las actividades incluidas en su ámbito de aplicación). Y, en fin, la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos, que establece un sistema de gestión, depósito, devolución y retorno, y otro integrado de gestión que tiene como objetivo la recogida selectiva de envases en el que tienen una destacada participación las entidades locales.

a) La competencia normativa o reglamentaria municipal. El artículo 4.1.a) de la LRBRL reconoce a los municipios, como administraciones públicas territoriales, potestad reglamentaria dentro del ámbito de sus competencias. Y, por tanto, en relación con “la protección del medio ambiente”, en la medida en que se dote a esta materia de contenido por la legislación sectorial y dentro del límite que representan las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los reglamentos estatales y de las comunidades autónomas también representan un límite para las ordenanzas municipales cuando provienen de una habilitación legal y no se excedan de la misma. Pero el problema se centra, más bien, en la relación de los reglamentos independientes, sin dicha habilitación, y la potestad reglamentaria municipal en materia del medio ambiente.¹⁸

El problema ha sido tratado por A. Embid, quien llega a la conclusión de que, en la medida en que el regla-

mento estatal o autonómico carezca de cobertura legal habilitante tanto por inexistencia de ésta como por *ultra vires*, “faltaría el fundamento lógico de la capacidad de limitar el contenido de la ordenanza o el reglamento municipal”. Así resulta de la aplicación directa del sistema constitucional y de su desarrollo específico en la legislación de régimen local. Además, de acuerdo con el artículo 25.3 de la LRBRL sólo por ley se pueden determinar las competencias municipales; reserva de ley que hay que entender referida tanto a los aspectos materiales como a los funcionales.

Ahora bien, la protección medioambiental a través de ordenanzas municipales que tipifiquen infracciones y establezcan sanciones suscita especiales dificultades derivadas del principio de legalidad y reserva de ley en el ámbito sancionador.

El genérico marco normativo está integrado, como es sabido, por los artículos 25 de la CE, y 127 y 129 de la LRJ y del PAC. De acuerdo con tales preceptos, la potestad sancionadora de las administraciones públicas se ejercerá cuando expresamente haya sido atribuida por una norma con rango de ley, y sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley. Sin embargo, el artículo 2.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real decreto 1398/1993 (RPS, en adelante), establece: “Asimismo, las entidades que integran la Administración local, cuando tipifique como infracciones hechos y conductas mediante ordenanzas, y tipifiquen como infracción de ordenanzas el incumplimiento total o parcial de las obligaciones o las prohibiciones establecidas en las mismas, al aplicarlas deberán respetar en todo caso las tipificaciones previstas en la ley.”¹⁹

Entre las competencias atribuidas a la Administración local se encuentra, como hemos reiterado, “la protección del medio ambiente” [artículo 25.f) de la LRBRL], y para su protección cabe, en principio, la posibilidad de tipificar mediante ordenanzas infracciones castigadas con multa que no podrán exceder, salvo previsión legal distinta, de las cantidades establecidas en el artículo 59 del Texto refundido de disposiciones legales en materia de régimen local, aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL, en adelante).²⁰

Ahora bien, el principio de legalidad en materia sancionadora comprende una doble exigencia: la primera,

18. Cf. DOMPER FERRANDO, obra citada.

19. El precepto ha suscitado serias dudas de inconstitucionalidad en la doctrina. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La problemática puesta en aplicación de la LRJ y PAC: el caso del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal”, REDA, núm. 80, 1993.

20. En virtud de la disposición adicional única de la Ley 11/1999, de 21 de

abril, de modificación de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local: “Salvo previsión legal distinta en cuanto a sus cuantías, las multas por infracciones de ordenanzas no podrán exceder de 300.000 ptas., en municipios de más de 250.000 habitantes; de 150.000 ptas., en municipios de 50.001 a 250.000 habitantes; de 75.000 ptas., en municipios de 20.001 a 50.000 habitantes; de 50.000, en municipios de 5.001 a 20.000 habitantes, y de 25.000 ptas., en los demás municipios.”

de orden material y de alcance absoluto, tanto en lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual, y se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación negativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; la segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas atributivas de la potestad sancionadora a la Administración y de las tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones (STC de 7 de abril de 1987, 21 de enero y 8 de junio de 1988, entre otras).

Respecto de la vertiente material del principio de legalidad, consistente en que la regulación sancionadora se produzca anticipadamente por normas jurídicas, tal exigencia ha de cumplirse absolutamente en relación con la tipificación de infracciones y sanciones por parte de las entidades locales.

El problema es más complicado en relación con la vertiente formal del principio de legalidad; es decir, que esa regulación se realice por medio de una ley y sólo por medio de tal instrumento jurídico, habida cuenta, entre otras circunstancias, que las entidades locales carecen de órganos legislativos (cf. S. BELLO PAREDES, "La reserva de ley en el ámbito sancionador, ¿estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?" *Revista de Estudios de Administración local*, núm. 286-287, mayo-diciembre, 2001).

Como pone de relieve la doctrina, desde el punto de vista de los principios de legalidad y de reserva de ley que preside la tipificación de las infracciones administrativas, las ordenanzas protectoras del medio ambiente pueden encontrarse ante diversas situaciones, que J. M. Trayter Jiménez sistematiza en los siguientes términos:²¹

1) Las leyes sectoriales protectoras del medio ambiente (Ley de costas, Ley de aguas, Ley de espacios naturales protegidos, Ley de protección del ambiente atmosférico) tipifican un conjunto de comportamientos ilícitos. En estos casos la ordenanza local cumple una función parecida a las relaciones ley-reglamento en la Administración General del Estado y en la Administración de las comunidades autónomas. Son el complemento indispensable de las leyes sectoriales que les dan cobertura.

2) Las leyes sectoriales proporcionan cobertura legal al conjunto de infracciones que prevén determinadas ordenanzas, aunque aquéllas no establecen las tipificaciones específicas. Este supuesto plantea mayores problemas técnico-jurídicos para hacerlo compatible con las previsiones del artículo 25 de la CE.

3) La norma local, desarrollando una ley sectorial que le da cobertura, tipifica como infracción "el incumplimiento de las disposiciones de esta ordenanza". En este caso, a las dificultades que derivan de los indicados principios de legalidad y reserva de ley se unen los que resultan de la necesidad de que los tipos cumplan la función de garantía que les corresponde. Esto es, de dar a conocer suficientemente el alcance de la conducta sancionable.

4) Los comportamientos considerados como infracciones por las ordenanzas locales no encuentran ni siquiera la cobertura legal que exige el principio de legalidad. En estos casos, el TS se ha pronunciado declarando nulas dichas previsiones de las normas locales por ser contrarias al indicado principio o al de reserva de ley (STS de 25 de mayo de 1993).

En todo caso, el citado artículo 59 del TRRL ha de interpretarse según los siguientes criterios: no es de aplicabilidad directa, sino que es necesaria la intermediación de una ordenanza de medio ambiente que establezca las infracciones respecto a los principios de legalidad y reserva de ley en los términos antes vistos; y el tope máximo que establece para las multas puede ser sobrepasado si una ley sectorial así lo establece. Tal es el caso, por ejemplo: de la sanidad local, en la que el límite se establece en los artículos 35 y 36 de la Ley general de sanidad; en materia de defensa de los consumidores y los usuarios que se señalan en la Ley 31/1990, de 27 de diciembre; de la protección del medio ambiente atmosférico, Ley 38/1972, de 22 de diciembre, etcétera.

Resalta la doctrina²² que el actual sistema sancionador se caracteriza por la incorrecta configuración jurídica de las infracciones en materia medioambiental y por la necesidad inexcusable de tipificar en las ordenanzas municipales ciertos comportamientos como infracciones administrativas.

Así, en relación con la primera de dichas características: en las ordenanzas medioambientales suele faltar una referencia expresa a la legislación estatal o autonómica que están desarrollando; en múltiples ocasiones no respetan las tipificaciones legales, como exige el artículo 2.2 del RPS; a veces no se respetan los límites cuantitativos de las sanciones que resultan de las leyes; y, en fin, se aprecian con frecuencia inconcreciones en las previsiones que tipifican las infracciones.

Pero, sin duda, dentro de los límites que representan los principios expuestos de legalidad, reserva de ley y función de garantía de los tipos, se ha de reconocer a las entidades locales la posibilidad de reprimir ciertas conductas contrarias a las normas medioambientales, como resulta no sólo de la constatación histórica y de la reali-

21. TRAYTER JIMÉNEZ, José Manuel. *Protección del medio ambiente. Sanciones administrativas y competencias locales. Derecho del medio ambiente y*

Administración local. Madrid: Diputación de Barcelona y Civitas, 1996.

22. TRAYTER JIMÉNEZ, José Manuel, obra citada.

dad social sino también de las previsiones legales a que se ha hecho referencia [artículos 25.f) de la LRBRL y 59 del TRRL]. E, incluso, han de hacerse algunas precisiones en relación con la necesidad de que sea una norma con rango de ley la que tipifique como infracciones conductas y regule las sanciones correspondientes.

De una parte, dicha garantía formal ha de ser objeto de la matización que proporciona la colaboración del reglamento en la función tipificadora. De otra, el propio TC ha planteado la posibilidad de aplicar otros instrumentos específicos de flexibilización derivados del carácter representativo y democrático de las corporaciones locales.

La reserva de ley ha sido considerada como una reserva absoluta en el ámbito penal, pero en el orden administrativo sancionador es calificada como relativa, al permitirse la actuación en este ámbito de las normas reglamentarias.

Según la doctrina del TC, el artículo 25.1 de la CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le son de aplicación, sin que sea posible, a partir de la Constitución, que puedan tipificarse nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por norma con rango de ley (STC 305/1993 y 6/1994). De tal manera que los reglamentos sólo pueden desarrollar y precisar los tipos de infracción previamente establecidos por la ley. O, dicho en otros términos, la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, aunque sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Se admite, por tanto, la existencia de normas reglamentarias en el ámbito sancionador, pero ello siempre que éstas se ubiquen en una línea de desarrollo y ejecución de las previsiones contenidas en una ley. Así, la ley deberá regular los elementos esenciales de los diversos tipos de los ilícitos administrativos y de las sanciones, pudiendo existir una actuación reglamentaria para desarrollar éstos.

Ahora bien, el propio TC reconoce que cuando se trata de examinar las relaciones entre la ley y la ordenanza municipal existen factores o elementos de singular flexibilización de la formal exigencia de reserva de ley. Así, en doctrina de la STC 233/1999, de la que se hace eco la STC 132/2001, de 8 de junio, se alude a la naturaleza democrática representativa del Pleno de las Corporaciones Locales como órgano competente para elaborar normas locales. Y a la noción del interés local, cuya garantía institucional se encuentra en la propia Constitución a través del reconocimiento de la autonomía local. No obstante, en la última de las sentencias citadas el TC excluye en el ámbito sancionador la misma flexibilización de la relación que había apreciado en la

primera de dichas sentencias, en el ámbito de los tributos locales, “por la diferencia intrínseca entre la reserva de ley tributaria y la sancionadora”.

De la doctrina de la citada STC 132/2001, puede deducirse la existencia de capacidad de las entidades locales para tipificar infracciones y sanciones siempre que una ley previa haya: 1) fijado los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales los ayuntamientos pueden establecer tipos de infracciones, lo que no supone la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones completados después por medio de una ordenanza municipal–, sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción, y 2) determinado una relación de posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica (cf. BELLO PARECES, S., obra citada).

b) La función ejecutiva. Las corporaciones locales están abocadas a ejercer una parte importante de las competencias de gestión en materia ambiental, aunque la concreción corresponde a la legislación específica sectorial, y, con frecuencia, para una protección eficaz del medio ambiente será preciso acudir a fórmulas de colaboración o coordinación interadministrativas.

El medio ambiente constituye un título de intervención administrativa que encuentra en la autorización o en la licencia un mecanismo de control preventivo que se atribuye con frecuencia a las entidades locales. Así ocurre en el ámbito de actividades potencialmente lesivas para el medio ambiente, en el que la propia técnica de la autorización ha sufrido un proceso de diversificación. De manera que junto a la clásica concepción de la misma, entendida como un acto meramente declarativo de comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigidos para el legítimo ejercicio de un derecho preexistente, aparecen autorizaciones con mayor margen de discrecionalidad.

Pero sobre todo la llamada autorización operativa o de funcionamiento, caracterizada porque no se limita a realizar un control preventivo de la sujeción de la actividad a unos límites determinados, sino que, además, encauza y orienta positivamente la actividad de su titular en la dirección marcada por las normas aplicables o, incluso, por determinados planes. Sobre la base de esta clase de autorización se establece una relación duradera que legitima formas de intervención de la Administración, como es, característicamente, la comprobación del cumplimiento de las condiciones ambientales y su adecuación a las circunstancias concurrentes y la imposición, en su caso, de medidas correctoras a la actividad desarrollada.

Estas autorizaciones operativas de actividades potencialmente lesivas del medio ambiente se singularizan por la importancia que en el procedimiento para su

otorgamiento revisten las formas previas de análisis de incidencia ambiental de la instalación o la actividad objeto de autorización, y de información pública sobre el acto autorización, como ocurre, según tendremos ocasión de señalar, en las actividades sujetas al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

Además, el incumplimiento de mandatos, prohibiciones y condicionamientos que establece el ordenamiento jurídico para la protección del medio ambiente, y del cual forman parte las ordenanzas municipales, determina el ejercicio de la potestad sancionadora, aplicando los entes locales, en su caso, la correspondiente sanción al sujeto infractor. Esta represión de las conductas infractoras constituye, incluso, un imperativo constitucional acorde con el artículo 45.3 de la CE, que alude tanto a sanciones penales como administrativas, y a la reparación del daño causado.

Las sanciones administrativas constituyen uno de los instrumentos esenciales para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental, si bien se presenta la dificultad, a la cual ya hemos aludido, de tipificar y establecer sanciones a través de ordenanzas locales, como consecuencia de los principios de legalidad y reserva de ley en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

c) Competencias de la provincia en materia de medio ambiente. La LRBRL no atribuye a la provincia competencia específica en materia de medio ambiente, pero puede ejercerla a través de la previsión del artículo 31.2 relativa a la “solidaridad y equilibrio intermunicipales”, sobre todo si, de una parte, se tiene en cuenta el carácter extraterritorial del medio ambiente, y, de otra, que entre los fines de dicha Administración territorial se encuentra el de “asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal” [artículo 31.2.a)]. Y entre estos servicios se encuentra el de “protección del medio ambiente”, junto a servicios tales como el de limpieza, recogida y tratamiento de basuras y aguas residuales, entre otros.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en virtud del artículo 36.1 de la LRBRL, la atribución de competencias propias de la diputación provincial corresponde al legislador sectorial estatal o comunitario, según la distribución de competencias, que, en el ámbito del medio ambiente, responde al mecanismo al que antes hemos hecho referencia: a las leyes básicas del Estado de atribuir las competencias que deban corresponder a las diputaciones provinciales, y a las leyes de desarrollo de las comunidades autónomas de completar dicha atribución.

Por último, el artículo 36.1.a), b), c) y d) señala que corresponden a las diputaciones provinciales las funciones de coordinación, asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica; actuaciones que pueden tener una específica proyección en la materia de medio ambiente; de manera que, desde una posición secundaria respecto a los municipios, pueden desempeñar, por su ámbito de actuación y mayor capacidad organizativa, funciones de programación y gestión de los recursos naturales, con base en el mandato imperativo del artículo 45.2 de la CE.

4. Las competencias de las entidades locales en la lucha contra la contaminación acústica

4.1. Planteamiento general

La característica del ruido que se localiza en un determinado ámbito territorial explica que la competencia frente a la contaminación acústica se encuentre atribuida, en gran medida, a las entidades locales, concretamente a los municipios, formando parte de la denominada “policía de la tranquilidad” ejercida por la policía urbana.²³

Así ha ocurrido y ocurre en España. La Ley de régimen local de 1995 atribuía a los municipios la policía urbana; y el vigente artículo 1.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales establece que “los ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos: 1. En el ejercicio de la función de policía cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la *tranquilidad*, la seguridad, la salubridad o la moralidad ciudadana, con el fin de restablecerla o conservarla”.

En el mismo sentido habilitante actúan las previsiones de los citados artículos 25.2.f) de la LRBRL y 42.3.b) de la LGS al establecer que el municipio ejercerá, en cualquier caso, competencias en materia de “protección del medio ambiente” y de “control sanitario de ruidos y vibraciones”.

Para contrarrestar la contaminación acústica, los ayuntamientos, en sus respectivos territorios, pueden adoptar diversas medidas concretas, como la conversión de calles en peatonales, la restricción de la circulación en determinadas zonas y horas, etcétera.

Pero, sobre todo, ante la ausencia de una regulación general frente al ruido, las ordenanzas municipales que han de aprobar los ayuntamientos (Decreto 2107/1968, de 16 de agosto, de régimen de poblaciones con altos niveles de contaminación atmosférica o de perturbaciones de ruido o vibraciones), pueden constituir para algunos supuestos, como el del ruido urbano, el único soporte normativo aplicable.

23. Cf. ALONSO GARCÍA, M. C., obra citada.

Dichas normas han de contener “las prevenciones que deben adoptarse en las diferentes instalaciones y en la realización de obras, en las condiciones de funcionamiento de los generadores de calor y vapor, equipos de calefacción y agua caliente y vehículos de tracción mecánica, fijándose en cada supuesto los límites máximos para los distintos agentes contaminantes o perturbadores, los controles técnicos sanitarios, las características de los combustibles utilizables, las sanciones aplicables y su graduación y las operaciones de inspección a que habrán de someterse para la vigilancia de las normas establecidas, así como cualquier otra medida que las circunstancias de cada localidad aconsejen”.

Ahora bien, desde una perspectiva general, en relación con las competencias municipales, cabe distinguir dos grandes grupos:

a) Policía administrativa relativa a ruidos domésticos y ruidos que afectan a “la tranquilidad de la calle”, que pertenece con naturalidad al ámbito de las competencias municipales; instrumentos urbanísticos encaminados a la ordenación del ruido, en los que tienen una importante participación los municipios, y actividades clasificadas, en las que los municipios ostentan competencias, tanto en la fase de otorgamiento de licencias, como en la ulterior de vigilancia permanente del mantenimiento de los requisitos exigidos, con las facultades de reacción para los supuestos de incumplimiento.

Así, a partir de 1983 se generaliza la aprobación de las ordenanzas municipales sobre el ruido. Y, para las actividades clasificadas en el RAM, respecto a los municipios capitales de provincia, aquellos cuya población sea superior a 10.000 habitantes y en los que predomine el censo industrial es obligatoria una ordenanza especial exclusivamente dedicada a regular estas actividades (artículo 2.2 de la Instrucción para la aplicación del RAM).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la protección dispensada por la Administración local a aquellos que se sientan perturbados por los ruidos producidos en el término municipal no proviene de la cualidad de vecino, sino que la petición de protección se realiza a la Administración por la obligación que incumbe a ésta de atender el cumplimiento de su deber de policía, por lo que cualquier interesado tiene derecho a exigirlo. En este sentido, la conocida STS de 5 de julio de 1976 admite la obligación, no la simple facultad, de la Administración municipal de intervenir directamente (policía de tranquilidad) cuando en una localidad se produce un ruido que por su intensidad, su modo, su tiempo o su lugar de producirse adquiere el carácter anormal. Por consiguiente, la inactividad municipal puede reputarse ilegal. Así resulta también del artículo

18.1.g) de la LRBRL, del que resulta el derecho de los vecinos a exigir la prestación y el establecimiento de los servicios públicos que constituyan competencia municipal propia obligatoria.

b) Ruidos que pueden calificarse de movibles, como es el caso de los que producen los transportes. Respecto a ellos L. Martín Retortillo formula los siguientes principios:²⁴

1) La Administración responsable de la infraestructura asume también competencias en materia de ruido. De este modo, el tratamiento del ruido pasa a ser un componente más del planeamiento, la construcción y la gestión de la infraestructura. Sin olvidar, incluso, que no es infrecuente que las propias obras de infraestructura estén declaradas exentas de las habituales licencias municipales y ofrezcan tratamientos que excepcionan o condicionan la normal intervención municipal (artículo 12 de la Ley de carreteras, Ley 25/1988, de 29 de julio; artículo 179.2 de la Ley de ordenación de transportes terrestres y regulación de los grandes aeropuertos).

2) Limitaciones en la emisión de ruido por aviones, vehículos y máquinas o aparatos. Se trata de normas que afectan especialmente a su fabricación, y se traduce en la atribución de competencias a “la Administración de homologación”, debiendo tenerse en cuenta tanto lo que disponen convenios internacionales como directivas europeas.

3) Es competencia municipal, sin embargo, la ordenación del tráfico en las vías urbanas, pudiendo introducir las ordenanzas municipales significativas determinaciones y límites.

4.2. Normativa general sobre la contaminación acústica. El RAM y la regulación de las comunidades autónomas

El RAM (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre), desarrollado por una instrucción sobre normas complementarias para su aplicación aprobada por Orden de 15 de marzo de 1963, tuvo el mérito de realizar un tratamiento de las actividades clasificadas de carácter general o integrador, en cuanto se contemplan en el mismo todas las incidencias medioambientales que pueda ocasionar una actividad (contaminación atmosférica, ruidos, vibraciones, etc.). Y el reglamento fue, asimismo, innovador en cuanto incorpora a nuestro ordenamiento el término y la perspectiva del medio ambiente, aunque íntimamente vinculado a la salubridad y la higiene. Y, en fin, ha generado una importante y extensa jurisprudencia.

En la actualidad, sin embargo, han de tenerse en cuenta dos factores concurrentes: el desarrollo del moderno derecho ambiental, prácticamente inexistente en 1961, y

24. MARTÍN-RETORTILLO, L. *Medio ambiente sonoro. Derecho de medio ambiente y Administración local*. Obra citada.

la estructura del Estado autonómico, con la consecuente distribución de competencias en la materia entre el Estado y las comunidades autónomas, según la cual corresponde a aquél la competencia exclusiva para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente y a éstas la normativa de ejecución y desarrollo dictando normas adicionales de protección.

Consecuentemente, para adecuar la regulación del RAM a esta estructura competencial se transfirieron de modo uniforme a todas las comunidades autónomas, por diversos reales decretos (dictados entre 1978 y 1987) las competencias que en el mismo se atribuían a la Administración del Estado en orden a la emisión de informes y demás cuestiones relacionadas con las licencias, la inspección, la sanción, los recursos informe de ordenanzas y reglamentos municipales, relativos a las actividades y las industrias que en él se contemplan, con excepción de las referidas a plantas de producción energética.

La citada Ley estatal 16/2002, de 1 de julio, contempla una autorización ambiental integrada que se coordina con el régimen aplicable en materia de actividades clasificadas. Si bien la mayoría de las comunidades autónomas han legislado en la materia, fundándose en su competencia para desarrollar y establecer normas adicionales de protección del medio ambiente. Y son muchas las que no se han limitado a desarrollar la normativa estatal o a modificarla en aspectos concretos para establecer normas adicionales de protección, sino que han acometido una reforma completa del sistema de control público de las actividades clasificadas. Estas regulaciones autonómicas establecen sistemas de autorización distintos, basados en procedimientos cuyo régimen difiere sustancialmente en unas y otras comunidades, algunas de las cuales incorporan, incluso, regulaciones propias sobre el ruido.

4.2.1. El sistema del RAM

El ámbito del RAM se extiende a cualquier actividad o instalación susceptible de resultar molesta, insalubre, nociva o peligrosa (artículo 2 del RAM). El nomenclátor, como ha reiterado la jurisprudencia, tiene carácter orientativo y no taxativo. Es constante y reiterada esta doctrina del TS que considera que dicho nomenclátor contiene una enumeración abierta (*ad exemplum*, sentencias de 21 enero de 1988, de 2 julio de 1991 y de 13 de febrero de 1998).

Así se desprende, por otra parte, de lo que dispone el propio artículo 2 del citado reglamento, cuando somete a sus disposiciones las actividades que a los efectos del mismo sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas de acuerdo con las definiciones que la misma norma ofrece e independientemente de que consten o no en el nomenclátor anejo que –dice– “no

tiene carácter limitativo”. Y es, sin duda, susceptible de considerarse actividad molesta aquella que causa excesivos ruidos.

a) Respecto de tales actividades, la sección primera del capítulo III del RAM se refiere a las “actividades molestas”, cuya primera regla es la del emplazamiento que se remite al artículo 4. Según este precepto, la localización de estas actividades se supedita a lo establecido en las ordenanzas y los planes de urbanización municipal, salvo que tales instrumentos no existan, en cuyo caso, es la Comisión Provincial de Servicios Técnicos –en la actualidad el correspondiente órgano de la comunidad autónoma– la que decide sobre el mismo. En estos casos no es necesario mantener la distancia mínima de 2.000 metros del núcleo de población agrupada, que sólo es aplicable a los establecimientos peligrosos o insalubres.

b) Asimismo, están sujetas al otorgamiento de licencia de instalación o de apertura, para el que se sigue el procedimiento establecido en los artículos 29 a 33 del RAM, que se desarrolla en tres fases, aunque ha de tenerse en cuenta, en la actualidad, la integración en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada que resulta de la Ley 16/2002, de 1 de julio.

En la primera, el alcalde puede denegar la licencia si al ejercicio de la actividad proyectada se oponen razones de carácter urbanístico o si se produce el incumplimiento de ordenanzas municipales.

La segunda fase se inicia en el caso de que no se dé dicha oposición y se distingue una tramitación a cargo de los órganos municipales y otra a cargo de la Comisión de Colaboración.

1) Los trámites a cargo de las corporaciones locales son esencialmente dos, la información a posibles afectados y los informes previos a la calificación. Así, se contemplan: la información pública, la notificación a los vecinos inmediatos, el informe del jefe local de sanidad y el informe de la corporación municipal que debe incorporarse al expediente y en el que constará “si el emplazamiento propuesto y demás circunstancias están de acuerdo con las ordenanzas municipales y con lo dispuesto en el RAM, así como si en la misma zona o en sus proximidades existen ya otras actividades análogas que puedan producir efectos aditivos” [artículo 30.2.c)].

2) Llegados a este término, el expediente es remitido al órgano correspondiente de la comunidad autónoma para ser sometido al acto de calificación examinando la garantía y la eficacia de los sistemas correctores propuestos y su grado de seguridad, pudiendo aceptarlos o rechazarlos. En este caso, da audiencia al interesado y adopta el acuerdo definitivo motivado, devolviendo el expediente al ayuntamiento para que otorgue o deniegue la licencia solicitada. En ningún caso podrán concederse licencias provisionales mientras la actividad no esté calificada.

En materia de actividades clasificadas, la licencia no puede sustraerse al indicado procedimiento establecido en el RAM, obviándose trámites tan decisivos como la misma calificación y el de información pública, que son insoslayables cuando se trata de una actividad productora de ruidos (STS de 14 de diciembre de 1995).

La terminación del procedimiento puede producirse por resolución expresa o por silencio administrativo.

El alcalde resuelve otorgando o denegando la licencia, teniendo en cuenta que el acuerdo del órgano de la comunidad autónoma es vinculante en la medida en que implique la denegación o la imposición de medidas correctoras, pero no en los demás casos.

Por tanto, se ejercita una acción tutelar del órgano de la comunidad que impone su decisión a la Alcaldía, en caso de denegación o de introducción en ésta de medidas correctoras. En este supuesto, la Alcaldía, sometiendo al informe del órgano de la comunidad, deniega la licencia o la otorga condicionándola al establecimiento de las medidas correctoras exigidas en el informe.

Por el contrario, si el acto del órgano de la comunidad no contiene dichas prescripciones, la Alcaldía queda libre para conceder o denegar la licencia o incluir otras medidas correctoras si las considera necesarias; pero sin olvidar que la licencia de que se trata tiene carácter reglado y no puede denegarse por causas ajenas a las de la legalidad vigente.

Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la solicitud sin que hubiera recaído resolución, ni se hubiera notificado la misma al interesado, puede éste denunciar la mora simultáneamente ante el ayuntamiento y el órgano de la comunidad autónoma, y transcurridos dos meses desde la denuncia, podrá considerar otorgada la licencia por silencio administrativo, salvo en aquellos casos en que dicho órgano hubiera notificado su acuerdo desfavorable y se hallase éste pendiente de ejecución por parte del ayuntamiento.

La jurisprudencia reitera la exigencia de que concurran los anteriores requisitos: solicitud, transcurso de cuatro meses sin que se notifique la resolución definitiva del alcalde, denuncia de la mora ante el ayuntamiento y el órgano de la comunidad autónoma, y transcurso de dos meses sin que se notifique resolución (STS de 23 de marzo y de 3 de diciembre de 1992, y de 20 de julio de 1993, entre otras muchas). No es posible confundir la denuncia de mora efectuada conforme al artículo 33.4 del RAM, que no priva al ayuntamiento de la competencia para resolver, con la regulada en el artículo 9.7.b) del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (STS de 17 de abril de 2000).

Ciertamente, el instituto del silencio positivo opera en materia de licencias municipales, tanto las genuinamente urbanísticas como las que tienen por finalidad el ejercicio de una actividad mercantil o industrial, pero cuando el objeto de ella puede verse afectado por el

RAM tal silencio no se produce de manera automática, sino que es preciso que no se adopte una mera actitud pasiva. Esto es, una vez transcurridos cuatro meses “desde la solicitud sin que hubiese recaído resolución ni se hubiese notificado la misma al interesado”, lo único que permite el artículo 33 del RAM es que aquél denuncie la mora no sólo ante el ayuntamiento sino también ante la correspondiente comisión, y únicamente si transcurren otros dos meses sin que nada se decida es cuando tal silencio opera, como han entendido, entre otras, las STS de 18 de julio de 1986 y de 5 de mayo de 1987, explicando esta última que el simple transcurso del tiempo, a que se refiere el artículo 33.4, sin la doble denuncia de la mora “no puede implicar la existencia de un acto tácito de otorgamiento de la licencia” (STS de 25 de octubre de 1985, de 23 de enero y de 8 de octubre de 1988, y de 19 de noviembre de 1990).

El silencio positivo permitido por el RAM constituye una solución plenamente satisfactoria para el administrado frente a la inactividad de la Administración, pero resulta peligrosa para el interés público porque puede dar lugar a que la pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico (STS de 28 de octubre de 1988), y de ahí que se haya declarado por la jurisprudencia que el silencio no puede ser utilizado “como cauce para obtener derechos contrarios a la ley, dado que es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio administrativo lo que no puede expresamente concederse por estar manifiestamente prohibido por el ordenamiento jurídico” (STS 19 de noviembre de 1990).

c) Obtenida la licencia, no puede autorizarse el funcionamiento de la actividad sin que antes se gire la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente. En el caso de que el ayuntamiento no disponga de tal funcionario, podrá solicitarlo del correspondiente organismo provincial o de la comunidad autónoma.

En cualquier momento, puede disponerse el establecimiento de medidas correctoras tendentes a evitar las molestias derivadas del ruido, como horarios de apertura y cierre de los locales, previsiones de insonorización que pueden afectar a la propia configuración del negocio o del local. La instalación de estos mecanismos posteriores y su funcionamiento pueden ser objeto de inspección de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del RAM, puesto que, como señala la jurisprudencia, “la intervención administrativa no se agota con el simple acto de la licencia, sino que continúa durante todo el desarrollo de la industria o de la actividad velando porque ésta se ajuste al interés general, pudiendo, en cualquier momento, producir variaciones en el contenido de aquélla, de motu proprio o a iniciativa de particular”.

El TS ha señalado que la modificación de los elementos correctores que llevó aparejado el otorgamiento de

una licencia para el desarrollo de una actividad incluida en el RAM no lleva aparejada la necesidad de obtener una nueva licencia, sino el legítimo ejercicio de las facultades de control para corregir las deficiencias (STS de 19 de mayo de 1999).

El ayuntamiento tiene competencia para acordar la suspensión de una actividad que se ejerce en contra del régimen de horarios y de ruidos establecido (STS de 30 de abril de 1998). Y es que no cabe anteponer un interés empresarial al interés público de proteger la tranquilidad de los moradores de una zona de la ciudad con altos índices de contaminación acústica (STS de 12 de diciembre de 2000).

La jurisprudencia, asimismo, se ha venido pronunciando de manera reiterada en el sentido de considerar pertinentes las órdenes de clausura dictadas por las autoridades locales cuando, siendo preceptiva la licencia municipal de actividades, éstas se están llevando a cabo sin ella. En palabras de la STS de 5 de octubre de 2000, se debe ordenar al ayuntamiento que requiera a la industria para que cese en el ejercicio de la actividad hasta que haya obtenido el permiso o la autorización de funcionamiento, y para que no otorgue dicho permiso hasta que se hayan adoptado las medidas correctoras oportunas. Es también muy reiterada la doctrina de la Sala Tercera del TS (por todas, las sentencias de 29 julio y de 12 de noviembre de 1992, y de 13 de febrero de 1998) que declara que el mero transcurso del tiempo en el ejercicio de una actividad –por dilatado que éste sea– no implica la existencia de una licencia, como tampoco el simple pago de impuestos o tasas.

Es importante destacar la diferencia entre el cierre sanción y el cierre cautelar, entre otras razones, por la necesidad de seguir o no con carácter previo a su imposición el procedimiento sancionador.

En el recurso de casación resuelto por la STS de 23 de octubre de 2000 se señalaban como infringidos por la sentencia de instancia diversos preceptos y doctrina jurisprudencial relacionados con la naturaleza no sancionadora de la medida de suspensión adoptada por los acuerdos municipales impugnados. Así, se citaban los artículos 47 (debía entenderse 37) de la Ley de defensa de consumidores y usuarios y 37 de la Ley general de sanidad, y como jurisprudencia infringida la doctrina contenida en sentencias de 11 de marzo de 1987 y de 20 de julio de 1992. Asimismo, se mencionaba la vulneración del artículo 48 de la Ley de procedimiento administrativo, en relación con los artículos 36 y 37 RAM, y 37 de la Ordenanza de ruidos y vibraciones de la ciudad (Logroño), tratando de poner de relieve la errónea interpretación que hace la sala de instancia cuando aplica a los acuerdos municipales las exigencias establecidas para el procedimiento sancionador.

Los referidos preceptos legales y la doctrina de la sala contenida en dichas sentencias consideran, ciertamen-

te, que no tiene carácter sancionador –no es constitutiva de sanción– la suspensión por el ayuntamiento del funcionamiento de establecimientos, instalaciones o servicios hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad.

La identificación de la medida cautelar que incorporan dichos preceptos legales en cada supuesto y su diferenciación con lo que puede ser realmente la sanción de clausura o el cierre temporal que incorporan el artículo 38 del RAM o la correspondiente ordenanza municipal, en este caso el artículo 37.5 de la Ordenanza de ruidos y vibraciones del ayuntamiento (de Logroño), no siempre resulta sencilla.

No obstante, como criterios identificadores, la sala señala los de concurrencia conjunta o acumulada. En primer lugar, para que pueda considerarse medida cautelar, el cierre del establecimiento o la suspensión del mismo deben quedar necesariamente supeditados a la corrección de los defectos o al cumplimiento de los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, de manera que observados éstos ha de levantarse la suspensión. En segundo lugar, los efectos o el riesgo para la sanidad, la higiene o la seguridad derivados del establecimiento o de la actividad de que se trate han de ser de suficiente entidad como para justificar una medida precautoria de suspensión, de forma que su adopción no resulte desproporcionada. Y, por último, la resolución administrativa que acuerda la suspensión provisional debe reflejar, de forma explícita o implícita, la naturaleza preventiva o la finalidad que evite el daño.

El RAM contiene una serie de indicaciones específicas para diferentes categorías de aparatos molestos, como los motores fijos en el interior de comercios, casas-habitación, edificios y locales públicos en general. Su instalación requiere licencia municipal, y la misma regla es aplicable a grupos electrógenos de reserva en teatros, cines y locales de concurrencia pública, según dispone el artículo 14 del RAM.

d) Además de la vigilancia y de la comprobación sobre el cumplimiento de las condiciones originariamente impuestas, es innegable la facultad municipal de exigir que se adapten a las ordenanzas dictadas en el ejercicio de las facultades que les confiere la competencia atribuida a los municipios en esta materia en salubridad pública [artículo 25.2. h) de la Ley 2 de abril de 1985], protección del medio ambiente [apartado f) del mismo precepto], según advierte la citada STS de 19 de mayo de 1999.

El TS, en sentencias de 20 de septiembre de 1994 y de 19 de enero de 2002, señala que la Administración local, ex artículo 25.f) de la Ley de 2 de abril de 1985, de bases de régimen local, que atribuye a los entes locales competencia sobre protección de medio ambiente, tiene

competencia para establecer normas limitativas de determinados usos de la propiedad urbana mediante medidas correctoras de los ruidos y de las vibraciones, aplicables a cualquier actividad que los produzca, y en particular imponiendo distancias mínimas entre dichas actividades, con la finalidad de evitar los efectos aditivos nocivos para los ciudadanos en general.

e) En los casos de licencias paralelas o simultáneas, el hecho de haber obtenido alguna de ellas no puede servir de base para negar la necesidad de obtener la específica licencia municipal derivada del RAM. Y no cabe negar al ayuntamiento su facultad de clausurar o precintar la actividad o elementos de ella que funcionen al margen de la autorización municipal (STS de 28 de noviembre de 1980, de 23 de noviembre de 1987 y de 16 de marzo de 2000).

Este principio es el que recoge la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de contaminación, pues la autorización ambiental integrada que contempla se otorga con carácter previo al de otras autorizaciones o licencias sustantivas exigibles, como la licencia municipal regulada en el RAM o en la normativa autonómica que resulte aplicable que permanezcan vigentes. Si bien tiene en cuenta que la gran mayoría de los trámites del procedimiento de la licencia municipal de actividades clasificadas, o de la figura de intervención establecida en esta materia por las comunidades autónomas, encajan de una forma casi literal en el otorgamiento de dicha autorización ambiental integrada, por lo que resulta lógico integrar todos los trámites en un solo procedimiento, aunque garantizando la participación local en lo referente a las materias de su exclusiva competencia y al pronunciamiento final de la autoridad municipal sobre la concesión de la mencionada licencia, por respeto a la garantía constitucional del derecho a la autonomía local.

A estos efectos, el artículo 29 dispone:

“1. El procedimiento para el otorgamiento de la autorización ambiental integrada sustituirá al procedimiento para el otorgamiento de la licencia municipal de actividades clasificadas regulado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, salvo en lo referente a la resolución definitiva de la autoridad municipal. A estos efectos, la autorización ambiental integrada será, en su caso vinculante para la autoridad municipal cuando implique la denegación de licencias o la imposición de medidas correctoras, así como en lo referente a todos los aspectos medioambientales recogidos en el artículo 22.

“2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las normas autonómicas sobre actividades clasificadas que, en su caso, fueren aplicables.”

Por consiguiente, como advierte la Exposición de motivos de la ley, todos los trámites de la licencia municipal

del RAM, incluido el de la presentación de la correspondiente solicitud y con excepción de la resolución final de la autoridad municipal, se integran en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada, cuyo condicionamiento ambiental es en todo caso vinculante para la autoridad municipal en todos los aspectos ambientales recogidos en aquélla. Si bien se garantiza la participación municipal en un doble momento, de tal modo que, por un lado, entre la documentación de la solicitud de la autorización ambiental integrada figura necesariamente un informe del ayuntamiento que acredite la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico, y, por otro, dentro del procedimiento se incluye un informe preceptivo del ayuntamiento sobre los aspectos de la instalación que sean de su competencia, teniendo en cuenta que, en todo caso, se mantiene el pronunciamiento final de la autoridad municipal sobre la propia concesión de la licencia.

4.2.2. Sistemas de control de las comunidades autónomas frente a la contaminación

Los sistemas autonómicos establecidos en las correspondientes legislaciones de las comunidades autónomas desplazan el procedimiento previsto en el RAM, estableciendo mecanismos de autorización diferentes, cuyo régimen jurídico difiere de unas comunidades autónomas a otras. Pero, en relación concreta con la contaminación acústica, pueden distinguirse:

a) Andalucía

La Ley 7/1994, de 18 de mayo, de protección ambiental, define la calidad del aire como la adecuación a niveles de contaminación atmosférica, cualesquiera que sean las causas que la produzca, que garanticen que las materias o las formas de energía, incluidos los posibles ruidos y las vibraciones, presentes en el aire, no impliquen molestia grave, riesgo o daño inmediato o diferido, para las personas y para los bienes de cualquier naturaleza (artículo 38).

Se entiende por “nivel de emisión sonora” la magnitud de la presión acústica medida en un determinado punto (artículo 39.1, párrafo tercero). Reglamentariamente, se determinarán los límites de emisión e inmisión de ruidos y vibraciones. Las ordenanzas municipales en la materia se adaptarán a dichos niveles. En caso de inexistencia de ordenanzas municipales, la norma reglamentaria será de aplicación supletoria (artículo 39.4). Corresponde al órgano medioambiental, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la vigilancia de los niveles de emisión e inmisión de contaminantes a la atmósfera, y corresponde a los ayuntamientos la potestad sancionadora, la vigilancia y el control, y las medidas cautelares de la contaminación atmosférica por materia o energía de las actividades del anexo tercero de la ley (artículo 40).

El reglamento de la calidad del aire se aprobó por el Decreto 74/1996, de 20 de febrero, en el que se establece que las administraciones públicas velarán para conseguir que las perturbaciones por ruidos y vibraciones no excedan de los límites que se establecen en dicho reglamento, que distingue entre nivel sonoro interior y nivel sonoro exterior de las edificaciones (artículos 23 y 24). Asimismo, establece normas sobre medición y valoración de ruidos y vibraciones.

En esta materia, el papel de los ayuntamientos es primordial, en ejercicio de las competencias que se atribuyen en la Ley de protección ambiental, posibilitándose el complemento de las normativas estatal y autonómica, con ordenanzas municipales que cuenten con el factor de variación que aparezca en cada término municipal, sin desviarse sustancialmente de las pautas generales fijadas en el propio reglamento.

Por Orden de la Consejería de Medio Ambiente de 17 de septiembre de 1998, se aprobó el modelo tipo de ordenanza municipal de protección del medio ambiente en la que se consignan previsiones sobre la medida de ruidos y vibraciones, y evaluación y valoración de ruidos y vibraciones.

b) Baleares

El Decreto 20/1987, de 26 de marzo, que establece los principios de protección contra la contaminación acústica señalando niveles sonoros de ruido y vibraciones, complementando la legislación básica específica para recintos interiores abiertos al público, edificios, obras en construcción, carga y descarga de vehículos automóviles, invoca la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del medio ambiente. En su artículo 3 se dispone que "sin perjuicio de las competencias que ostenta el Govern Balear, corresponde a los ayuntamientos imponer, de oficio o a instancia de parte, la adopción de medidas correctoras necesarias, señalar limitaciones, ordenar cuantas inspecciones sean precisas y aplicar o proponer, en su caso, las sanciones correspondientes en caso de incumplirse lo preceptuado".

c) Castilla-La Mancha

La Resolución de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente, de 23 de abril de 2002, aprueba el modelo tipo de ordenanza municipal sobre normas de protección acústica. Con los objetivos básicos de prevenir y mejorar la salud y el bienestar de los ciudadanos contra la contaminación medioambiental y, en especial, en lo que respecta a la contaminación acústica, se dicta dicha resolución. Se tiene en cuenta que gran parte de la responsabilidad y la competencia en materia de seguimiento, control y posterior adopción de medidas corresponde a los ayuntamientos, y para que éstos, en Castilla-La Mancha, dispongan de un instrumento normativo homogéneo que les permita afrontar los problemas derivados de la contaminación acústica y promuevan el establecimiento de medidas preventivas y

correctivas se aprueba el modelo tipo de ordenanza municipal, de acuerdo con las competencias atribuidas a la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente por el Decreto 126/1999, de 29 de julio.

La ordenanza puede ser adoptada íntegramente por los municipios o, en su caso, ser adecuada a sus peculiaridades y necesidades.

Corresponde a los ayuntamientos velar por el cumplimiento de las ordenanzas sobre protección acústica, ejerciendo la vigilancia y el control de su aplicación, la potestad sancionadora, así como la adopción de medidas cautelares legalmente establecidas.

Según las previsiones del modelo tipo de ordenanza, toda persona física o jurídica puede denunciar ante el ayuntamiento cualquier actuación pública o privada que, incumpliendo las normas de protección acústica establecidas, implique molestia, riesgo o daño a las personas, al desarrollo de sus actividades y sus bienes de cualquier naturaleza. Contiene normas sobre calidad acústica, con protocolos de medida y criterios de valoración de ruidos; normas de prevención acústica; un régimen de actividades singulares en el que se incluyen los vehículos a motor, los sistemas sonoros de alarmas, las actividades de ocio, de espectáculos, recreativas y culturales, trabajos en vía pública y en edificaciones, y ruidos producidos en el interior de las edificaciones por las actividades comunitarias que pudieran ocasionar molestias, y, por último, normas de control y disciplina acústica.

d) Castilla y León

El Decreto 3/1995, de 12 de enero, establece las condiciones a cumplir por niveles sonoros o vibraciones, y dispone que por ordenanza municipal se podrán regular aspectos peculiares de su ámbito no contemplados en el decreto. Atribuye a los ayuntamientos el ejercicio, de oficio o a instancia de parte, del control de las determinaciones del decreto y de sus normas de desarrollo, así como la exigencia de la adopción de medidas correctoras necesarias, la realización de cuantas inspecciones sean precisas, y la aplicación de las sanciones correspondientes en caso de incumplirse lo ordenado (artículos 2 y 3). Contempla los niveles de perturbación por ruidos y la valoración de niveles sonoros, y se refiere de manera particularizada a los aislamientos acústicos de las edificaciones y de los vehículos a motor. Establece un régimen de concesión de licencias y un régimen sancionador en el que se reconoce la competencia de los servicios municipales y se establece una clasificación de infracciones.

e) Cataluña

La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección del medio ambiente, especifica el reparto de funciones entre las administraciones. Así, en el grupo de actividades con incidencia ambiental elevada, corresponde al órgano ambiental competente de la Administración de

la Generalidad resolver sobre la correspondiente autorización ambiental, aunque en el procedimiento se garantiza la intervención de los ayuntamientos. Y en el grupo de actividades de incidencia ambiental moderada es a los ayuntamientos a quienes corresponde resolver sobre la licencia ambiental, previo informe de la Generalidad o del correspondiente consejo comarcal, en determinados supuestos. Por Resolución del Departamento de Medio Ambiente, de 30 de octubre de 1995, se aprueba la Ordenanza tipo de ruido y vibraciones. En ella se prevé una acción pública para la exigencia de las determinaciones de la ordenanza ante la Administración municipal, unos objetivos de calidad y determinados sistemas de actuación. En éstos se comprenden la acción de vigilancia y prevención; el saneamiento acústico; la inspección y el control; las infracciones y las sanciones, y las acciones singulares que se proyectan en relación con los vehículos a motor, las edificaciones, los trabajos en la vía pública y en la edificación, la vecindad, las actividades comerciales y de servicios, las actividades de ocio, de espectáculos y recreativas, las manifestaciones de peatones y los sistemas de aviso acústicos.²⁵

f) Comunidad Valenciana

La Ley 3/1989, de 2 de mayo, regula las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, disponiendo que para desarrollar cualquiera de tales actividades será necesario obtener del ayuntamiento del municipio de que se trate la correspondiente licencia, de acuerdo con el procedimiento que establece. A los efectos del artículo 45 del Estatuto de autonomía se dispone la posibilidad de delegar el ejercicio de las competencias de la Generalidad Valenciana en esta materia en los ayuntamientos. Y se contempla el régimen de inspección, infracciones y sanciones, atribuyéndose competencias a los ayuntamientos y a la consejería competente por razón de la materia.

g) Extremadura

El Decreto 19/1997, de 4 de febrero, aprueba la reglamentación de ruidos y vibraciones, y su artículo 3 dispone que corresponde a los ayuntamientos, en el ejercicio de las funciones que la normativa sobre régimen local, la Ley de sanidad y el RAM les atribuyen, velar por el cumplimiento del propio reglamento, exigir las medidas correctoras necesarias, señalar limitaciones, realizar cuantas inspecciones sean precisas y aplicar las sanciones correspondientes, sin perjuicio de las competencias asignadas a la Comisión de Actividades Clasificadas de Extremadura. Establece las definiciones, las unidades y los parámetros de medida, niveles de ruido y vibraciones admisibles, condiciones exigibles a la edificación y

condiciones exigibles a las actividades comerciales e industriales. Señala el contenido de los proyectos y establece el procedimiento de las inspecciones, la declaración de zona saturada por acumulación de ruidos, la calificación de los niveles de ruido como resultado de las inspecciones y el régimen sancionador.

h) Galicia

La Ley 7/1997, de 11 de agosto, establece la protección contra la contaminación acústica, y por el Decreto 150/1999, de 7 de mayo, se aprueba el correspondiente reglamento. En el artículo 3 de la ley se diseña la competencia administrativa, señalando que corresponde a los ayuntamientos dictar ordenanzas sobre ruidos y vibraciones; y a la Xunta de Galicia: 1) la asistencia y el control de la Administración municipal, en el ejercicio de sus competencias y en los términos previstos en el título V de la propia ley; 2) dictar los reglamentos que sean necesarios para garantizar la aplicación homogénea de la ley en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, y 3) dictar reglamentos de desarrollo de la ley que sean de aplicación en aquellos municipios de la Comunidad Autónoma de Galicia que no tengan aprobadas las ordenanzas municipales sobre ruido y vibraciones.

Las actividades que produzcan una perturbación por ruidos o vibraciones deben someterse al procedimiento de evaluación de incidencia ambiental. Y la autoridad municipal no otorgará licencia de apertura de instalaciones, actividades o establecimientos sometidos a lo dispuesto en la ley si los proyectos presentados no se ajustan a lo dispuesto en la misma. Se establecen previsiones especiales respecto al tráfico, la edificación y las actividades varias y un régimen jurídico comprensivo de la inspección y la vigilancia que se atribuye a los ayuntamientos, y de las infracciones y las sanciones. Por último, se contemplan las relaciones interadministrativas y de auxilio.

i) La Rioja

El Acuerdo de la Comisión de Medio Ambiente, de 18 de julio de 1996, determina el contenido del proyecto técnico para la instalación y la ampliación de actividades clasificadas, estableciéndose, en relación con los ruidos y las vibraciones, que deberá justificarse, con cálculos, el cumplimiento de lo especificado sobre la materia, en las diferentes normativas vigentes (ordenanzas sobre control de la contaminación por ruidos y vibraciones, planes generales de ordenación urbana, normas urbanísticas regionales, etcétera).

j) Madrid

El Decreto 78/1999, de 27 de mayo, aprueba el régimen de protección contra la contaminación acústica, en

25. Con posterioridad a la elaboración de este trabajo el Parlamento de Cataluña ha aprobado la Ley 16/2002, de 28 de junio, de protección contra la

contaminación acústica (BOE 177, de 25 de julio; DOGC de 11 de julio).

el que se diseñan las respectivas competencias. Corresponde a los órganos de la Comunidad de Madrid: 1) la asistencia a la Administración municipal en el ejercicio de sus competencias; 2) el control, la inspección y la vigilancia de las actividades reguladas en el decreto; 3) el ejercicio, de conformidad con lo previsto en la legislación aplicable, de la potestad sancionadora, en la materia regulada en el decreto; 4) el establecimiento de medidas correctoras para la prevención y la corrección de la contaminación acústica en el ámbito de sus competencias, y 5) la delimitación, con carácter subsidiario, de las áreas de sensibilidad acústica. Corresponde a los órganos de los ayuntamientos: 1) dictar ordenanzas municipales de protección contra la contaminación acústica; 2) los ayuntamientos de los municipios con una población igual o superior a 20.000 habitantes desarrollarán y tramitarán en el plazo de un año ordenanzas municipales sobre ruidos y vibraciones acordes con sus propias necesidades y con los criterios y los niveles definidos en el decreto –estos ayuntamientos quedan obligados a dotarse de los medios suficientes para el cumplimiento de la normativa vigente en la materia–; 3) la delimitación de las áreas de sensibilidad acústica; 4) la potestad sancionadora, según determina el propio decreto, y 5) el establecimiento de medidas correctoras para la prevención y la corrección de la contaminación acústica, en el ámbito de sus competencias.

Recientemente, se ha promulgado la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad Autónoma, que distingue el análisis ambiental de planes y programas, la evaluación de impacto ambiental, y la evaluación ambiental de actividades. Con respecto a ésta, dispone que la tramitación y la resolución del procedimiento corresponde a los municipios, si bien el ejercicio de esta competencia por parte de los ayuntamientos puede realizarse a través de órganos mancomunados, de consorcios y otras asociaciones, de conformidad con la legislación de régimen local, en cuyo caso debe comunicarse al órgano ambiental de la Comunidad de Madrid. Se prevé el régimen de inspección, vigilancia, control y sancionador, y se dispone la inaplicación del RAM en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, tiene una incidencia indirecta en la materia, en cuanto al ruido producido en la calle como consecuencia de concentraciones y actividades de ocio, la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos (“ley antibotellón”) que prohíbe la venta y el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, salvo terrazas, veladores o en días de feria o fiestas patronales o similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal.

k) Murcia

El Decreto 48/1998, de 30 de julio, aprueba las normas reguladoras sobre protección del medio ambiente fren-

te al ruido. En él se dispone que las ordenanzas municipales de protección contra el ruido se adapten al decreto y que la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua redacte una ordenanza tipo de protección del medio ambiente contra el ruido, que ha de servir de referencia para la elaboración de la propia por parte de las entidades locales. Y, en fin, que, sin perjuicio de las competencias de la comunidad autónoma en los procedimientos de evaluación y calificación ambiental, corresponde a los ayuntamientos la potestad sancionadora y la vigilancia y el control de todo tipo de actividades e industrias susceptibles de generar ruido ambiental (disposición adicional tercera).

l) Navarra

El Decreto foral 135/1989, de 8 de junio, modificado por el Decreto foral 1993/1991, establece las condiciones que debe cumplir toda actividad o máquina molesta por sus ruidos y sus vibraciones. Fija niveles máximos de ruido exterior y exigencias de estudio de impacto de ruido del tráfico. Su artículo 2.2 dispone que los ayuntamientos de más de 10.000 habitantes desarrollarán y tramitarán en el plazo de seis meses, según sus propias necesidades, ordenanzas municipales sobre ruidos y vibraciones acordes con los criterios y los niveles definidos en el decreto foral.

m) País Vasco

La Ley 3/1998, de 27 de febrero, aprueba las normas reguladoras de protección del medio ambiente y dedica el capítulo IV del título II a la protección del aire, los ruidos y las vibraciones diseñando el siguiente régimen competencial:

1) Corresponde al órgano ambiental de la comunidad autónoma evaluar la calidad del medio ambiente atmosférico; elaborar un catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera; establecer planes de reducción de contaminantes; elevar al Gobierno la propuesta de declaración de zona de atmósfera contaminada; establecer programas de control de los focos emisores a fin de vigilar y garantizar el cumplimiento de los límites de emisión; evaluar los impactos generados por los focos emisores y las medidas de corrección de dichos impactos; establecer programas de actuación para resolver situaciones de contaminación del aire episódicas o de emergencia que supongan un riesgo de superación de los valores límite o de los umbrales de alerta, y elevar al Gobierno la propuesta de declaración de zonas acústicamente contaminadas.

2) Competencia de los municipios: con el fin de cumplimentar los fines de política de protección del medio atmosférico, los municipios de la Comunidad Autónoma del País Vasco procederán a la promulgación de ordenanzas o a la adaptación de las ya existentes, así como a la incorporación a sus instrumentos de planificación territorial de los objetivos de calidad, valores límites y umbrales de alerta, pudiendo incorporar medi-

das de restricción en la utilización de suelos donde se hayan observado altos niveles de contaminación y limitando asimismo la implantación de nuevas fuentes emisoras.

Se establecen previsiones concretas para vehículos que circulen por el territorio de la Comunidad Autónoma y para obras en edificios y locales.

4.3. Tratamiento jurídico de algunas de las fuentes productoras de ruido

4.3.1. Ruidos de origen interior

Las "relaciones de vecindad" incluyen el factor ruido que se produce en las viviendas, y como tal es tenido en cuenta por el derecho civil [Código civil, artículo 1902; Ley de arrendamientos urbanos, artículo 27.2.e), y Ley de propiedad horizontal, artículo 7.e)].

Sin embargo, desde la perspectiva de las administraciones públicas, ha de considerarse la normativa sobre insonorización de las construcciones destinadas a viviendas para obtener un cierto nivel de aislamiento acústico, que hasta épocas relativamente próximas ha estado incluida en las ordenanzas municipales de edificación. Estas contemplan, además, previsiones sobre el empleo de aparatos domésticos que pueden ocasionar molestias a los vecinos.

Con carácter general la Orden ministerial de 24 de noviembre de 1976, sobre normas técnicas de diseños y calidad para las viviendas sociales, exigía para los cerramientos una atenuación acústica de 50 dB(A). Y el RAM, en el artículo 14, prohíbe la instalación de motores fijos en el interior de una casa-habitación, salvo autorización municipal, que ha de señalar las medidas correctoras pertinentes.

La doctrina puso de manifiesto la insuficiencia de dicha regulación: "En España, la política pública en materia de aislamiento es casi inexistente y no hay hasta ahora medidas antirruído directas ni indirectas. Las recomendaciones dadas por diversos organismos no han tenido ninguna respuesta y los constructores tienden a descuidar estas exigencias para disminuir los gastos de construcción y así obtener un beneficio mayor."²⁶ Y el Real decreto de 24 de julio de 1981 –norma básica de la edificación sobre condiciones acústicas en los edificios (NBE-CA-81), modificada por el Real decreto 2115/1982, de 12 de agosto (NBE-CA-82), y aclarada por la Orden de 29 de septiembre de 1988, por la que se aclaran y se corrigen diversos aspectos de los anexos de la citada norma básica (NBE-CA-88)– estableció, con carácter general, las condiciones acústicas mínimas exigibles a cualquier tipo de edificio, tanto a los destinados a uso

residencial público o privado como administrativo y de oficinas, sanitario o docente.

En sus previsiones se pueden distinguir: previsiones obligatorias de aislamiento para elementos constructivos y materiales, y prescripciones generales para las instalaciones, los equipos comunitarios (instalaciones hidráulicas de ventilación, de climatización, transporte y electricidad) y los conductos de aguas (artículos 16 y 18).

El objetivo del real decreto no es regular el control y la emisión de ruidos externos, finalidad que incumbe a otro tipo de normativa, sino el conocimiento de sus fuentes productoras para poder establecer el aislamiento acústico exigible a los edificios en virtud de las variables que representan para el entorno vehículos automóviles, aviones, trenes, construcciones, actividades industriales y urbanas comunitarias y agentes atmosféricos.

En cuanto a los ruidos interiores procedentes de la actividad de las personas, en el anexo 2 se establecen recomendaciones de carácter voluntario para la reducción del nivel sonoro, remitiéndose a las reglamentaciones específicas en la materia.

Al cumplimiento y al control de las previsiones contenidas en el decreto se orientan una serie de medidas: alusión, en la memoria del proyecto básico del edificio, al cumplimiento de la normativa; la ficha justificativa que exprese los valores y los cálculos que acrediten el cumplimiento de la norma; la indicación, en el pliego de condiciones, de las características y las condiciones de ejecución del aislamiento acústico de los elementos y las instalaciones del edificio. Y se dispone que los colegios profesionales competentes para extender el visado del proyecto de edificación comprobarán que en él se incluyan los valores y las justificaciones exigidos por el decreto.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, en su disposición final segunda, autoriza al Gobierno para que, mediante un real decreto y en el plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la ley, apruebe un código técnico de la edificación que establezca las exigencias que deben cumplir los edificios en relación con los requisitos básicos establecidos en el artículo 3, apartados 1.b) y 1.c), entre los que figura la protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades. Hasta su aprobación, para satisfacer los requisitos básicos se aplican las normas básicas de edificación. Entre ellas, para las condiciones acústicas de los edificios, la NBE-CA-88, que es como pasó a denominarse la que primero fue NBE-CA-81 y luego NBE-CA-82. Condiciones éstas a las que también se remiten las

26. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. "Responsabilidad civil y medio ambiente". *Derecho y medio ambiente*. Madrid, 1981.

normas de las comunidades autónomas que se ocupan del tema.

Las ordenanzas municipales, tanto de medio ambiente como de policía municipal, establecen los niveles máximos de ruido que pueden emitir al exterior los aparatos domésticos.

Asimismo, la Directiva 86/594, de 1 de diciembre, transpuesta a nuestro ordenamiento por el Real decreto 213/1992, de 6 de marzo, regula las especificaciones sobre el ruido que pueden figurar en el etiquetado de los aparatos, “a fin de facilitar al público la posibilidad de una elección basada en datos comparables”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de defensa de los consumidores y los usuarios.

La Directiva general 79/113/CEE, modificada por la Directiva 81/105/CEE y adaptada al progreso técnico por la Directiva 85/405/CEE, fue desarrollada por una serie de directivas sobre el nivel de emisión sonora admisible de distintos materiales, equipos e instalaciones. Todas ellas, excepto la que se refiere a las cortadoras de césped, caen dentro de la Directiva marco 84/532/CEE, sobre disposiciones comunes de materiales y equipos para la construcción. Con objeto de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las exigencias y las prescripciones derivadas de las aludidas directivas, se aprobó el Real decreto 245/1989, de 27 de diciembre, sobre determinación y limitación de la potencia acústica admisible de determinado material y maquinaria de obra.

Las modificaciones sucesivas de la normativa europea –directivas 87/1952, de 7 de abril de 1987, y 86/180, de 22 de marzo– se incorporaron al derecho español por la Orden ministerial de 18 de julio de 1991.

4.3.2 Circulación terrestre

El ruido producido por el transporte rodado es, en la actualidad, uno de los mayores factores de contaminación acústica en las ciudades.

Las medidas para hacer frente al ruido del transporte por carretera se refieren tanto a la mejora de la infraestructura y de los vehículos, como a las construcciones próximas a las carreteras.

Dentro de las primeras, se pueden inscribir medidas, algunas de ellas de competencia municipal, como las destinadas a suprimir obstáculos a la circulación rodada, mediante supresión de cruces, semáforos, creación de desviaciones y autovías de circunvalación, sincronización de semáforos, creación de calles de sentido único, prohibición de determinadas vías para vehículos, reves-

timiento de la calzada o la realización de pantallas anti-ruido, etc., muchas de ellas incluidas dentro de la competencia municipal.

En relación con los vehículos, existen unas medidas que inciden en su fabricación para evitar la comercialización de aquellos que produzcan excesivo ruido, que rebasan el ámbito de las competencias locales²⁷, y otras que imponen normas a los usuarios de vehículos respecto de la utilización de éstos o de sus dispositivos sonoros.

Estas últimas están más próximas a las competencias municipales: prohibición de utilización en determinados momentos y lugares, control de velocidad, conversión de calles en peatonales, etc. El artículo 11 del RAM establece la obligación de que los vehículos y demás actividades que puedan producir ruidos se doten inexcusablemente de elementos correctores necesarios para evitar molestias al vecindario.

La Ley sobre tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial, aprobada por el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en el artículo 7.2 prohíbe la circulación de vehículos a motor y ciclomotores con el llamado *escape libre*, sin el preceptivo dispositivo silenciador. Y, asimismo, en el artículo 44.3, prohíbe el uso inmotivado o exagerado de las señales acústicas, permitiendo su utilización excepcional o cuando así lo prevea alguna norma de la citada ley o de sus reglamentos (servicios de urgencia públicos o privados, u otros especiales).

La normativa de las comunidades autónomas, como hemos dicho, contiene previsiones especiales en relación con los vehículos de motor, encaminadas a: garantizar las buenas condiciones de funcionamiento de los elementos capaces de emitir ruidos, con la finalidad de que el nivel sonoro emitido por el vehículo con el motor en funcionamiento no exceda de los valores límite de emisión; prohibir el uso de bocinas o de señales acústicas dentro del núcleo urbano, salvo determinadas situaciones de riesgo o peligro y determinados servicios públicos, y prohibir o restringir por los ayuntamientos el tráfico cuando en determinadas zonas o vías urbanas en las que se aprecie un deterioro significativo del medio ambiente por exceso de ruido imputable al tráfico (artículos 37 y siguientes del Decreto 74/1996, de 20 de febrero, de reglamento de la calidad del aire de la Junta de Andalucía; 20 y siguientes de la Resolución de 23 de abril de 2002, de modelo tipo de ordenanza municipal sobre normas de protección acústica de Castilla-La Mancha; 14 y siguientes del Decreto 3/1995, de 12 de enero, so-

27. Así, el Decreto 1439/1972, de 25 de mayo, fijó los límites superiores admisibles para los ruidos emitidos por motores, siguiendo el Acuerdo de Ginebra de 20 de marzo de 1958 sobre “prescripciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en lo que se refiere al ruido”. En la actualidad, estos niveles son fijados por la Unión Europea a través de una normativa que

obliga a todos los vehículos a obtener una certificación acreditativa que satisfaga las prescripciones técnicas de las reglamentaciones comunitarias que le conciernen, denominada *recepción CEE*, al igual que a homologar todos sus dispositivos de equipamiento y a realizar un control técnico del vehículo.

bre condiciones a cumplir por niveles sonoros y vibraciones de Castilla y León; 29 y siguientes de la Resolución de ordenanza tipo de ruidos y vibraciones en Cataluña; 5 y siguientes de la Ley 7/1997, de 11 de agosto, de protección contra la contaminación acústica de Galicia; 29 y siguientes del Decreto 78/1999 de la Consejería del Medio Ambiente de Madrid; 22 y siguientes del Decreto 48/1998, de 30 de julio, sobre protección del medio ambiente frente al ruido de la Comunidad Autónoma de Murcia, y 36 y siguientes de la Ley 3/1998, de protección del medio ambiente del País Vasco).

La Ley de carreteras, Ley 25/1988, de 29 de julio, establece en su artículo 9 que los proyectos de autopistas y autovías que supongan un nuevo trazado, así como las nuevas carreteras, deberán incluir la correspondiente evaluación de impacto ambiental. En dicho estudio debe incluirse la estimación de los efectos de la obra sobre la población y las condiciones de sosiego público, entre las que se encuentra el ruido. Y, asimismo, en cuanto a las construcciones vecinas a las vías de comunicación destacan las servidumbres de no-edificación en las proximidades de la carretera.²⁸

Los proyectos de construcción de líneas de ferrocarril de largo recorrido están sometidos a la previa evaluación de impacto ambiental, según lo dispuesto en el punto 7 del anexo incluido en el Real decreto legislativo 1302/1986. Igualmente son de aplicación a los ferrocarriles las normas y las disposiciones relativas al uso y a la defensa de las carreteras que tengan por objeto la conservación de la vía, sus elementos, las obras de fábrica y las instalaciones de cualquier clase necesarias para su explotación (artículo 168 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación del transporte terrestre), así como las limitaciones impuestas en relación con los terrenos inmediatos al ferrocarril, según sean zonas de dominio público, servidumbre o afectación, comenzándose a contar la correspondiente distancia a partir de los carriles exteriores de la vía, y las prohibiciones que tiendan a evitar toda clase de daño o deterioro de las vías, o los riesgos o el peligro para las personas.

28. La Ley de carreteras establece, como limitaciones a la propiedad, las siguientes zonas: la de servidumbre, con una anchura de 25 metros en el caso de las autopistas, autovías y vías rápidas, y de 8 metros para el resto de las carreteras, a contar desde la franja exterior de la zona de dominio público; en ella no se pueden realizar obras ni se permiten más usos que aquellos que sean compatibles con la seguridad vial, previa correspondiente autorización administrativa; y la de afectación, que comprende desde la línea exterior de la zona de servidumbre hasta 100 metros en autopistas, autovías y vías rápidas, y 50 metros en las restantes carreteras, en las que no pueden ejecutarse ningún tipo de obra ni instalación fija o provisional, alterar el uso o el destino de las mismas ni plantar o talar árboles sin estar autorizado. Igualmente se prevén unas distancias a ambos lados de las carreteras que actúan como límite de la edificación. Esta línea se sitúa a 50 metros a cada lado de las aristas exteriores de la calzada en autopistas y autovías, y 25 metros en el resto de carreteras. En esta zona y en la de servidumbre se puede pro-

4.3.3. Circulación aérea

Los problemas de contaminación acústica procedente de las aeronaves tienen una evidente actualidad. En las últimas décadas, se han incrementado enormemente las flotas aéreas, la frecuencia de los vuelos chárter y el vuelo de aparatos especialmente ruidosos.

Las medidas para limitar la incidencia de dicho ruido se refieren tanto a las propias aeronaves, en su fabricación y uso, como a las construcciones próximas a los aeropuertos.

Las de carácter técnico referidas a la construcción de aeronaves tienen un carácter eminentemente internacional. En su mayor parte, son suministradas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y están contempladas en la normativa de la Unión Europea.²⁹

Las normas sobre utilización de las aeronaves tienen un carácter muy técnico. Entre ellas, las que se refieren al perfil del despegue, a la pendiente de aproximación, al despegue, al empleo de virajes y pistas preferenciales de menor ruido, a las limitaciones o las prohibiciones de los vuelos nocturnos, al sobrevuelo de aglomeraciones, etcétera.

Dentro de las reglas urbanísticas, se encuentran tanto las normas destinadas a limitar la construcción de edificaciones en las proximidades de los aeropuertos como las que tienen por finalidad la construcción de los mismos aeropuertos.

La norma básica en la materia es la Ley 48/1960, sobre navegación aérea, y su reglamento, que se han actualizado progresivamente a medida que se han ido incorporando al ordenamiento español las normas que establecen tanto los convenios internacionales como las directivas europeas.

Respecto a las construcciones vecinas a aeropuertos, la ley dispone en el artículo 4 que "los dueños de los bienes subyacentes soportarán la navegación aérea con derecho a ser resarcidos de los daños y los perjuicios que ésta les cause".

Desde el punto de vista urbanístico, el TS, en Sentencia de 29 de mayo de 1997, ha señalado que la cons-

ceder a la expropiación. Las infracciones de estas normas son sancionadas como leves, graves o muy graves.

La principal dificultad de la puesta en marcha de estas medidas consiste en la imposibilidad, la mayor parte de las ocasiones, de alterar el tejido urbano ya consolidado, especialmente en ciudades antiguas.

29. La Directiva 80/51/CEE creaba un certificado de limitación sonora en concordancia con el anexo 16 de la OACI, relativo a "Normas mínimas de certificación acústica". La modificación producida en 1983 se refiere fundamentalmente a la imposibilidad para las aeronaves de terceros países que incumplieran la normativa comunitaria de circular en el territorio de los países miembros si no se ajustaban a la misma antes de 1987. La Directiva 89/629 exigió la certificación acústica a los aparatos subsónicos. Y, en fin, la Directiva 92/14 restringe la eventual circulación por el espacio aéreo comunitario a las aeronaves más ruidosas.

trucción de una pista de aeropuerto (segunda pista del aeropuerto de Palma de Mallorca) es una obra de ordenación del territorio que afecta a toda España, “y que constituye una de esas obras que este Tribunal Supremo ha declarado exentas de la necesidad de licencia municipal (sentencias, por todas, de 3 de diciembre de 1982, de 20 de febrero de 1984, de 28 de mayo de 1986, de 17 de julio y de 30 de noviembre de 1987, de 28 de septiembre de 1990, de 17 de mayo de 1993, de 11 de octubre de 1994 y de 5 de marzo de 1997)”.

El Real decreto 2591/1998, de ordenación de aeropuertos de interés general y su zona de servicio, tiene su origen en el artículo 155 de la Ley 13/1996, de acompañamiento de los presupuestos para 1997, que estableció la necesidad de que todos y cada uno de dichos aeropuertos y su zona de servicio fueran ordenados mediante un nuevo instrumento de planificación de naturaleza estrictamente aeroportuaria y no urbanística, denominado *Plan director*, que permitirá dar respuesta a los problemas derivados de la complejidad de las modernas instalaciones aeroportuarias y del creciente desarrollo del tráfico aéreo. Además, deben incluir los espacios de reserva que garanticen el desarrollo y la expansión de los aeropuertos, y la determinación de las actividades aeroportuarias o complementarias a desarrollar en las distintas zonas del aeropuerto y de servicio. También establece la necesidad de que los aeropuertos de interés general y su zona de servicio sean calificados como “sistema general aeroportuario” en los planes generales o instrumentos similares de ordenación general, los cuales no podrán incluir determinación alguna que interfiera o perturbe el ejercicio de las competencias estatales sobre los citados aeropuertos.

Se establece, de una parte, un plazo de dos años para que se apruebe en todos los aeropuertos españoles de interés general el plan director correspondiente. Y, de otra, que las administraciones competentes en materia de urbanismo (los municipios) remitan al Ministerio de Fomento, antes de la aprobación inicial, los planes que afecten a la zona de servicio aeroportuario o a espacios circundantes sujetos a servidumbres aeronáuticas de interés general a fin de que se informe por el Ministerio de Fomento. Dicho informe tiene carácter preceptivo y vinculante.

En la citada STS de 29 de mayo de 1997, se suscitó que la utilización de una nueva pista en el aeropuerto (de Palma de Mallorca) producía una grave contaminación acústica sobre una determinada zona de la población, y que no era lícito que el ayuntamiento se inhibiera frente a tal problema. El TS rechaza este argumento señalando que “el Decreto 2183/68, de 16 de agosto regula la

aplicación del Reglamento de industrias molestas, insalubres, nocivas y peligrosas a las actividades y las instalaciones acometidas directamente por el Estado o sus entidades autónomas, como es el caso que nos ocupa; pues bien tal disposición no otorga en esos supuestos (artículo 2) función decisoria alguna a los ayuntamientos, sin perjuicio de que éstos puedan informar, sino que los expedientes han de ser resueltos (artículo 6) por el Consejo de Ministros, que es quien habrá de imponer las medidas correctoras oportunas. Así que es a la Administración central, y no al ayuntamiento, a quien la asociación actora debió dirigir su petición, porque, repetimos, el ayuntamiento no tenía competencia alguna para tramitar ni el expediente originario ni los posteriores que puedan iniciarse por denuncias tendentes a la imposición de medidas correctoras. (Esta normativa ha sido implícitamente dejada en vigor por la disposición adicional del Real decreto 1131/88, de 30 de septiembre, por el que se aprobó el reglamento para la ejecución del Real decreto legislativo 1302/1996, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, el cual, por si ello fuera poco, es inaplicable por razones cronológicas al caso de autos, según su disposición final primera.)”

La Ley 55/1999, de acompañamiento de los presupuestos de 2000, se ocupa directamente, en sus artículos 63 y 64, del problema del ruido en los aeropuertos con relación a los vecinos afectados.

El artículo 63 introduce, de una lado, la denominada servidumbre acústica en los aeropuertos, lo que permite a la Administración central establecer limitaciones al derecho de propiedad en los terrenos próximos a los aeropuertos, de modo que supondrá un freno a la expansión urbanística de las zonas afectadas y una limitación a la autonomía municipal en lo relativo a la planificación urbanística.³⁰ A la disposición reglamentaria de desarrollo corresponderá la delimitación de las zonas clasificándolas como de incompatibilidad, de afectación e influencia de uso, de instalaciones, actividades y edificaciones en función de los niveles acústicos.

Otra modificación importante es la obligación de las administraciones competentes en la planificación urbanística de incorporar las limitaciones anteriores a los instrumentos de planificación que tramiten.

Asimismo, se dispone que “sólo dará lugar a expropiación forzosa la imposición de servidumbres aeronáuticas, incluidas las acústicas, que impidan el ejercicio de derechos patrimonializados”. El justiprecio expropiatorio se determinará en función de la calificación que tengan las zonas afectadas por la servidumbre. Así, si las zonas expropiables están calificadas como urbanas en la

30. Así por ejemplo, la decisión del Ministerio de Fomento de paralizar el Plan General de Alcobendas.

revisión del plan de urbanismo municipal, el justiprecio se referirá al precio de dicho suelo.

El artículo 64 se refiere a los procedimientos de disciplina de tráfico aéreo en materia de ruido. Se establecen unos procedimientos en las maniobras de las aeronaves a fin de provocar el mínimo ruido posible. Así, toda aeronave debe seguir, en las fases de despegue y ascenso, aproximación y aterrizaje, y durante las fases previas y posteriores al vuelo en los aeropuertos, los procedimientos de disciplina de tráfico aéreo aprobado por el Ministerio de Fomento. Estos procedimientos de disciplina aérea en materia de ruido deben ser aprobados específicamente para cada aeropuerto, teniendo en cuenta la problemática acústica, las características físicas y de configuración de cada aeropuerto, el equipamiento de ayudas a la navegación y las características y las limitaciones de los aviones afectados.

En síntesis, los ayuntamientos, al carecer de competencias específicas en lo referente a las instalaciones y al tráfico aeroportuario, han de acatar las servidumbres que se establezcan y reflejarlas en su planificación urbanística a favor de los sistemas generales de infraestructuras de transporte. Asimismo, deben aprobar y adaptar las ordenanzas a las previsiones de la ley de acompañamiento y futura ley del ruido. Por último, tienen que delimitar e integrar las áreas acústicas en el planeamiento municipal.

No obstante, en virtud del principio de subsidiariedad, los ayuntamientos tienen que velar para que los vecinos disfruten de un medio ambiente adecuado y para que las molestias que produce el aeropuerto se reduzcan al máximo. Para ello, deberán realizar sus propios estudios acústicos periódicos, vigilar que el aislamiento de las viviendas se realice convenientemente, y deben controlar que las aeronaves cumplan con los procedimientos de disciplina aeronáutica en materia de ruidos, para lo

que deberán solicitar de la dirección del aeropuerto el envío periódico de la información ambiental relevante para el medio acústico del municipio.³¹

4.3.4. Obras

El ruido procedente de las obras queda limitado por las ordenanzas de los respectivos ayuntamientos en cuyo territorio se realizan.

No obstante, la Unión Europea ha previsto una importante normativa destinada a limitar el ruido procedente de la maquinaria empleada en la construcción. El ámbito de las directivas se extiende a diversos tipos de maquinaria, utilizada en las obras de construcción, materiales, equipos, instalaciones para efectuar obras de ingeniería civil. Y, asimismo, establecen los requisitos técnicos de estos equipos para su homologación. Los niveles sonoros máximos se regulan en función de cada tipo de maquinaria (motocompresores, grúas, grupos electrógenos, trituradoras de hormigón, etcétera).

La normativa de las comunidades autónomas contiene previsiones específicas relacionadas con el ruido procedente de obras, mediante el señalamiento de horario de trabajo, la adopción de medidas para evitar que se superen los valores de inmisión fijados en la zona respectiva, exceptuándose, no obstante, las obras urgentes o las que se realicen por razones de necesidad o peligro, y la fijación de límites a la utilización de máquinas cuyo nivel de emisión acústica sea superior a determinados decibelios (artículo 31 de la Resolución de 23 de abril de 2002, que aprueba el modelo tipo de ordenanza municipal sobre normas de protección acústica en Castilla-La Mancha; artículo 34 de la Resolución de 30 de octubre de 1995, sobre ordenanza tipo de ruido y vibraciones de Cataluña, y artículo 30 del Decreto 78/1999, de 27 de mayo, de régimen de protección contra la contaminación acústica de Madrid).

31. La Administración del Estado desarrolla sus competencias a través del ente público AENA, del que dependen los aeropuertos de interés general. Las obligaciones legales que tiene que asumir y desarrollar son las que enumeramos a continuación. El aeropuerto tiene que establecer la "huella sonora" a fin de comprobar el nivel de ruido provocado por el aeropuerto en la zona. Debe redactar el Plan Director que establecerá las posibilidades de actuación e instalación de industria, y equipamiento auxiliar en función de los resultados de la "huella sonora", y en último término dictar las normas de disciplina de tráfico aéreo en materia de ruido. Una vez en vigor, la obligación de control y vigilancia del tráfico aéreo para producir las mínimas molestias a los vecinos deberán ser adoptadas por el aeropuerto en función de las normas aprobadas. En el caso de que alguna compañía cometa infracción de las normas de disciplina, el director de aeropuerto lo pondrá en conocimiento de la Dirección General de Aviación Civil, a fin de que se incoe el procedimiento sancionador correspondiente. En lo que se refiere a los posibles daños y perjuicios, según los pronunciamientos judiciales producidos, cabe señalar que si las aeronaves cumplen con las normas de disciplina aéreas en materia de ruido no procede reclamar la indemnización de aquéllos aunque los vecinos sí tienen derecho a la insonorización de las viviendas hasta los parámetros que establezcan las distintas normas que regulen los ruidos. El coste de estos aislamientos deben ser asumidos por la Administración del Estado, quien, a su vez, si quiere que el coste lo soporte el contaminador podrá introducir una tasa que tenga en cuenta

ta las molestias por ruidos, que pagarán las compañías operadoras, haciendo valer el principio de que "el que contamina paga". Pero si las aeronaves incumplen las normas de disciplina aérea en materia de ruidos y la Administración del Estado no incoa los correspondientes expedientes sancionadores, entonces sí surgirá una responsabilidad civil por *culpa in vigilando*, que puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Por consiguiente, los vecinos que vivan en edificaciones ya consolidadas y que tras la realización de la "huella sonora" estén afectados por ruidos excesivos podrán reclamar del Ministerio de Fomento el aislamiento de sus viviendas hasta parámetros soportables. En caso de que no fuera posible rebajar, a través del aislamiento acústico de las viviendas, el nivel de ruido a límites razonable [30 dB(A) de noche y 35 dB(A) de día] podrá solicitar del Ministerio de Fomento la expropiación de sus viviendas o el realojo en viviendas similares fuera del entorno ruidoso.

El problema jurídico más complejo es el de la valoración del derecho de los vecinos que al establecimiento de las distintas medidas reseñadas se encuentren construyendo la vivienda o tengan licencia urbanística concedida, que ven limitado su derecho a edificar en razón de una servidumbre. De cualquier modo, si la futura edificación se encuentra dentro del perímetro definido como incompatible y, mediante el aislamiento acústico, no pudiera reducir los ruidos a límites razonables, procedería la expropiación o el traslado.

5. Responsabilidad de las administraciones locales por la contaminación acústica

5.1. La impugnación de los actos denegatorios de licencias y de actos sancionadores

La impugnación de los actos de los entes locales denegatorios de licencias, y los que imponen medidas correctoras o sanciones en materia de medio ambiente o, más concretamente, por contaminación acústica, no ofrece peculiaridades significativas.

Los actos de las autoridades locales son ejecutivos, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la LRBRL, y la interposición de un recurso no obstaculiza dicha ejecutividad, salvo, claro está, que se acuerde cautelarmente su suspensión. El artículo 138.2 de la LRJ y del PAC establece que las resoluciones sancionadoras sólo son ejecutivas cuando ponen fin a la vía administrativa. Pero, claro está, en el ámbito de la Administración local, los actos sancionadores por infracción de normas medioambientales son inmediatamente ejecutivos porque normalmente agotan o ponen fin a la vía administrativa.

El recurso de reposición tiene carácter potestativo respecto a la vía contencioso-administrativa (artículos 52 de la LRBRL, y 107, 116 y 117 de la LRJ y del PAC). Y en esta jurisdicción, la competencia está atribuida a los juzgados de lo contencioso-administrativo [artículo 8.1.c) y e) de la LJCA]. Las interferencias de informes, incluso vinculantes si son negativos, de las comisiones autonómicas de medio ambiente, u organismos similares, no desvirtúan la competencia municipal y, por tanto, la de los juzgados, para entender de las cuestiones que en torno a ellas se susciten. La fiscalización del acto incluye el examen y la decisión de las pretensiones que puedan suscitarse junto con la pretensión de anulación, ya se trate del reconocimiento de una situación jurídica individualizada (como con carácter general prevé el artículo 31.2 de la LJCA, entre ellas la de indemnización de los daños y los perjuicios causados), ya de las medidas que el ordenamiento jurídico en general prevé como inherentes a la petición de anulación de un acto administrativo.

La legitimación es la que, con carácter general, exigen los artículos 19 y siguientes de la LJCA, y el procedimiento será el ordinario o, conforme al artículo 78 de la LJCA, el abreviado cuando la cuantía no supere los 3.005,06 euros.

5.2. La responsabilidad de la Administración por la contaminación acústica

La impugnación de la inactividad de los entes locales ante la contaminación acústica y la eventual responsabilidad de éstos sí presenta particularidades y una indudable actualidad.

El medio ambiente, afectado por la contaminación acústica, se configura, sin duda, como un bien de carácter colectivo; pero resulta polémica la consideración del disfrute de un medio ambiente adecuado como un verdadero derecho subjetivo.

El reconocimiento que del medio ambiente efectúa el artículo 45 de la CE no le otorga, obviamente, el carácter de derecho fundamental. Cosa distinta es que, en determinadas circunstancias, la perturbación del medio ambiente y, de manera concreta la contaminación acústica, pueda afectar a verdaderos derechos fundamentales. En el bien entendido de que, en la actual situación de jurisprudencia y de la doctrina del TC, para que se produzca la vulneración de un derecho fundamental (a la integridad, artículo 15 de la CE; a la intimidad y al domicilio, artículo 18 de la CE, o a la libertad de residencia, artículo 19 de la CE) no basta con que se superen los niveles reglamentariamente permitidos o por la ordenanza aplicable, sino que es necesario un real menoscabo de los derechos fundamentales aludidos, siendo difícil *a priori* determinar dónde se encuentra el límite a partir del cual se produce la vulneración de los derechos fundamentales. El TC, en la reiterada Sentencia 119/2001, utiliza conceptos indeterminados tales como la gravedad y la inmediatez del peligro para la salud –los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de un acto u una omisión de los poderes públicos, que rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro inmediato la salud.

La también mencionada STS de 21 noviembre de 2001 señala que el ordenamiento jurídico ofrece medios suficientes, distintos de los encaminados a la protección de los derechos fundamentales, para obligar a los propietarios de los establecimientos a no superar los niveles de ruido fijados reglamentariamente.

Siendo ello así, el proceso especial para la protección de derechos fundamentales (artículos 114 a 122 de la LJCA) y el recurso de amparo constitucional no se revelan como los mecanismos más idóneos para la protección frente a la contaminación acústica. En efecto, por una parte, en estos procesos sólo adquiere trascendencia jurídica el real menoscabo de derechos fundamentales, cuando las mediciones practicadas acrediten la existencia de ese menoscabo. Por otra, la solicitud de indemnización pecuniaria no constituye, según la doctrina del TC, la pretensión más adecuada en el proceso de amparo constitucional en el que la finalidad es comprobar si el acto o la inactividad ha comportado la vulneración del derecho fundamental que se invoca y el eventual restablecimiento de éste (artículo 55 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional), quedando en un plano secundario la indemnización económica.

En consecuencia, sólo si se acredita que se produce la efectiva vulneración de un derecho fundamental, impu-

table al ente local por su inactividad frente a la contaminación acústica, y que la pretensión indemnizatoria es un medio accesorio de reparación de tal derecho, puede tener sentido la utilización del cauce del amparo judicial y, eventualmente, constitucional establecido para la protección de los derechos fundamentales. Ello sin perjuicio de reconocer que quizá se amplíe el ámbito de esta específica vía como consecuencia de la recepción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más proclive a reconocer la afectación de derechos fundamentales como consecuencia de la contaminación acústica.

Un sector de la doctrina considera el medio ambiente como un derecho subjetivo mediatizado por el legislador, pero que en cada ámbito reconocido por él otorga la acción popular y el derecho a solicitar la indemnización por daños autónomos (Jordano FRAGA, "El derecho a un medio ambiente adecuado", *Revista aragonesa de Administración pública*, núm. 4, 1994). Pero no es ésta una posición doctrinal unánimemente compartida, poniéndose énfasis en el carácter difuso de los daños al medio ambiente y en que la posibilidad de invocar su protección ante los tribunales venga condicionada por lo establecido en la normativa sectorial.

En todo caso, en relación con la contaminación acústica, debe tenerse en cuenta que la normativa específica suele reconocer una acción pública para la exigencia de las determinaciones de la ordenanza ante la Administración municipal. Y no parece que exista dificultad alguna para reconocer legitimación, según el artículo 19 de la LJCA, para formular la correspondiente pretensión ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es bien sabida la posición de la jurisprudencia extensiva en orden al reconocimiento de dicha legitimación. Ya no se exige un interés directo, bastando el interés legítimo que no es interpretado exclusivamente como interés individual, sino que se extiende a los intereses colectivos, y, en materia concreta de medio ambiente, se ha reconocido la legitimación a favor de colectivos, corporaciones y asociaciones.

32. El Tribunal Supremo considera la protección del medio ambiente como un interés público prevalente (ATS de 11 de mayo de 1989, de 16 de octubre de 1990, de 17 de marzo de 1992 y de 23 de diciembre de 1992, entre otros muchos). El elemento decisivo para el otorgamiento de la suspensión cautelar es la existencia de una afectación al medio. Si existe tal afectación, el artículo 45 de la CE, en cuanto principio rector que informa la práctica judicial, hace obligada la suspensión del acto susceptible de causar perjuicios de imposible o difícil reparación al medio ambiente como bien jurídico constitucionalmente protegido (ATS de 17 de febrero de 1990).

J. Jordana Fraga señala diez directrices jurisprudenciales para la aplicación de la medida cautelar: 1) carácter excepcional de la suspensión y necesidad de analizar caso por caso; este criterio, sin embargo, se ha visto matizado en la más reciente jurisprudencia como consecuencia de la vertiente cautelar de la tutela judicial efectiva; 2) necesidad de prueba de los perjuicios; 3) la intensidad de las exigencias del interés público; 4) presunción de perjuicios de imposible o difícil reparación en determinados supuestos (des-

Ahora bien, la tutela judicial del medio ambiente, en el proceso contencioso-administrativo, ha tenido determinadas dificultades; especialmente, la impugnación de la inactividad administrativa, la adopción de medidas cautelares adecuadas y las potestades judiciales de sustitución de la actuación administrativa en la ejecución de las sentencias.

En la actualidad, la potenciación de los poderes del juez efectuada por la LJCA de 1998 debe servir para disminuir tales inconvenientes. Es posible la impugnación de la inactividad, en determinadas condiciones según el artículo 29, cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación, esté obligada a realizar una prestación concreta, pudiendo solicitarse al órgano jurisdiccional que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos establecidos (artículo 32.1 de la LJCA). Las medidas cautelares no se reducen a la suspensión de los actos administrativos, sino que se pueden acordar, incluso, medidas de carácter positivo que aseguren la eficacia de una sentencia estimatoria del recurso.³² Y, en fin, las facultades de los órganos jurisdiccionales, en la ejecución de la sentencia, se han visto potenciadas en los recursos de los artículos 103 y siguientes de la LJCA.

Las administraciones locales responden por los actos administrativos. Y, consecuentemente, tanto los solicitantes de las licencias o de las autorizaciones como los terceros perjudicados por la contaminación acústica pueden instar de aquellas administraciones, primero, y después de la jurisdicción contencioso-administrativa, la reparación de los perjuicios, y la impugnación de los solicitantes frente a actos denegatorios que se declaran ilegales. La impugnación de los terceros se producirá frente a actos ilegales que otorgan la autorización de la actividad sonora dañosa.

También, cabe reconocer, de conformidad con el artículo 139 de la LRJ y del PAC, la responsabilidad patrimonial de los entes locales por los daños producidos por la contaminación acústica como consecuencia del incum-

aparición de negocio en funcionamiento, la pérdida de clientela, extinción de contratos laborales, etc.); 5) restricción de las posibilidades de suspensión cuando el objeto del recurso es una disposición general; 6) improcedencia de acceder a la suspensión de una resolución administrativa que suspende el ejercicio de una actividad que se viene ejerciendo sin licencia; 7) reparabilidad de los perjuicios de los intereses privados e irreparabilidad de los públicos; 8) para que la nulidad sea causa de suspensión hace aparecer como algo ostensible o evidente a todas luces; 9) no cabe suspender la ejecución de aquello que ya se ha ejecutado, y 10) la suspensión o la no-suspensión cautelar tienen como finalidad la preservación del objeto procesal ("El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Revista de Administración pública*, núm. 145. Enero-abril 1998).

plimiento de las obligaciones que, en la materia, les impone el ordenamiento jurídico.

En este caso, los problemas más importantes serán los que suscitan la necesaria imputación del daño y la valoración de éste.

No es posible ignorar que la responsabilidad por los daños ambientales recae, desde luego, sobre el causante. Como ha resaltado la doctrina (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: "El ruido: La sentencia del TSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997"), "la reparación de daños ambientales no puede hacerse a costa de buscar en la Administración un pagador seguro como dice ejemplarmente la STS de 17 de marzo de 1993, al exigir que ha de actuarse con prudencia en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración [...] ya que podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace [responsabilidad] en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico".

Ahora bien, no sólo la autorización de índices de contaminación más altos que los permitidos en la norma sino también el incumplimiento de los deberes legales por parte de la Administración constituye un dato que puede llevar a exigir responsabilidades a los entes locales por dejación de sus competencias y sus obligaciones fiscalizadoras, como ha reconocido la jurisprudencia. En el bien entendido de que ha de tratarse realmente de competencias locales y de obligaciones impuestas a dichos entes las que se dejan de ejercitar o de cumplir.

La prueba de la existencia y de la entidad del daño corresponde al perjudicado; acreditación que, desde luego, no resulta fácil cuando se trata de daños continuados o de daños difusos, como sucede con la contaminación acústica. Si bien, como principio que rige la materia, puede señalarse el de la reparación integral que comporta la indemnización de la totalidad de los daños y de los perjuicios, incluidos los de naturaleza o carácter moral. ■

La garantía constitucional de la suficiencia financiera de las entidades locales

1. La suficiencia financiera como elemento constitutivo de la autonomía local constitucionalmente garantizada.
2. Los destinatarios del mandato constitucional de garantizar la suficiencia financiera de las entidades locales.
3. El carácter difícilmente justiciable de la garantía constitucional de la suficiencia financiera.
4. La tendencia a la intensificación del control de constitucionalidad sobre la suficiencia financiera local. La experiencia alemana.
- 4.1. El anclaje constitucional del derecho de las entidades locales a disponer de un adecuado suministro de recursos. 4.2. Límites y posibilidades de la jurisdicción constitucional en la salvaguarda de una dotación financiera suficiente de las entidades locales. 4.2.1. Los límites de la jurisdicción constitucional. 4.2.2. Las posibilidades del control de constitucionalidad.

Manuel Medina Guerrero
*Profesor titular de Derecho
Constitucional de
la Universidad de Sevilla*

Pese a la pronta recepción en nuestro ordenamiento de la técnica de la *garantía institucional*,¹ transcurridos más de veinte años de vigencia de la Constitución el balance que arroja el examen de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional es que el proceso de delimitación dogmática de la autonomía local dista mucho de estar concluido.² Como a nadie se le oculta, y así ha sido ya oportunamente reseñado,³ una de las principales razones que explica esta carencia reside en las notables dificultades que, hasta época reciente, han tenido los entes locales para hacer llegar su voz directamente ante el Tribunal Constitucional. La falta de una vía procesal específicamente destinada a preservar su autonomía, así como los obstáculos existentes en torno a la posibilidad de personación en las cuestiones de inconstitucionalidad⁴ explican ciertamente por qué, con alguna frecuencia, en la jurisprudencia constitucional los interrogantes acerca del alcance y la virtualidad de la autonomía local han quedado parcialmente eclipsados por otras cuestiones, señaladamente las relativas a disputas competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas. Es de esperar que la reciente implantación del conflicto en defensa de la autonomía local, a pesar de sus rigurosos condicionamientos, contribuya a aliviar este déficit.

Pero si, en general, aún queda un largo trecho por recorrer en el proceso de depuración doctrinal de la

garantía constitucional de la autonomía local, cualquier aproximación a su vertiente o dimensión financiera concluirá muy probablemente con la apreciación de que existe aquí un enorme flanco abierto que urge cubrir. Sólo así puede explicarse la absoluta naturalidad –y resignación– con que se acoge la práctica consistente en que otros niveles de gobierno impongan a los entes locales nuevos gastos o la ampliación de los ya existentes sin contemplar ninguna forma de compensación,⁵ o cómo puede tan siquiera adquirir viso de legitimidad constitucional esa otra práctica según la cual un determinado nivel de gobierno se entiende autorizado para asumir unilateralmente competencias que hasta entonces venían ostentando las entidades locales, exigiéndoles a éstas, sin embargo, que sigan soportando la financiación de las mismas. Prácticas ambas –singularmente la segunda– que, como mínimo, resultan de dudosa adecuación a las reglas de reparto de las cargas financieras en el seno del Estado autonómico que cabe inferir del bloque de la constitucionalidad. Pero el tratamiento de este tema excede con mucho el objeto de las siguientes líneas, que no es otro que delimitar, en primer término, el alcance y el sentido del principio de suficiencia financiera para, más tarde, explorar las posibilidades que tiene el juez constitucional para controlar la vigencia efectiva de esta garantía.

1. PAREJO ALFONSO, L. *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: IEAL, 1981. Por su parte, el Tribunal Constitucional prácticamente vino a estrenar su actividad con asuntos relativos a la autonomía local con la STC 4/1981, y poco después tuvo la ocasión de dictar la STC 32/1981, que bien puede seguir considerándose el *leading case* en relación con la técnica de la garantía institucional.

2. Aun cuando los avances alcanzados en los últimos años sean también apreciables tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial. Así, por ejemplo: CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “El debate sobre la autonomía municipal”, RAP 147, 1998, pág. 59 y ss.; FANLO LORA, A., *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Madrid: CEC, 1990; GARCÍA MORILLO, J., *La configuración constitucional de la autonomía local*, Barcelona: Diputación de Barcelona y Marcial Pons, 1998; GARCÍA ROCA, J., “El concepto actual de la autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, REALA 282, 2000, pág. 23 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN M., *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid: Universidad Complutense, 1990. Y en lo que concierne a los progresos jurisprudenciales baste señalar la STC 109/1998, que, además de profundizar en la vertiente de gasto de la autonomía financiera local, incorporó el llamado *método de la sustracción*, una técnica, también de raigambre alemana, cuya finalidad es objetivar y, por tanto, hacer predecible en la medida de lo posible los supuestos en que las intrusiones ajenas en el radio competencial de las entidades locales han de entenderse vulneradoras de la autonomía local. El fundamento jurídico segundo de la mencionada STC 109/1998 recoge dicho método en los siguientes términos: “Hemos de precisar [...] que no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse lesiva de la mencionada garantía institucional, toda vez que ésta no se concibe como una garantía absoluta que impida toda suerte de afectación de la esfera de competencias legalmente asignadas, sino únicamente aquellas que menoscaben o vulneren el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial, sin el cual ésta no presentaría los caracteres que la hacen reconocible como institución. Solamente, por tanto, en aquellos casos en que, tras la injerencia, no subsista una verdadera capacidad decisoria propia del ente local, podrá afirmarse que se ha infringido la garantía institucional [...]” Como a nadie se le oculta, en tanto que no se reconozca que el principio de proporcionalidad puede desempeñar también un papel en este ámbito, esta técnica constituye

uno de los escasos mecanismos de garantía que asisten a las entidades locales frente a las injerencias competenciales procedentes de otros niveles de gobierno. Referencias a este “método de la sustracción” pueden encontrarse en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “El debate sobre la autonomía municipal”, *op. cit.*, pág. 75, y SOSA WAGNER, F., “La autonomía local”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo IV*, Madrid: Civitas, 1991, pág. 3198. De las novedades que incorpora la STC 109/1998 ya se hizo eco FONT I LLOVET, T., “La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: Perspectivas de cambio”, *Anuario del Gobierno Local 1998*, en especial págs. 29 y 37-41.

3. Así, por ejemplo, BARNÉS, Javier, “Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución”, *Anuario del Gobierno Local 1997*, pág. 79, o SOSA WAGNER, F., “La autonomía local”, *op. cit.*, págs. 3214-3215.

4. Véase, por ejemplo, MEDINA GUERRERO, M., “Comentario al artículo 37 LOTC”, en *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional* (J. L. Requero Pagés, coord.), Madrid: Tribunal Constitucional/BOE, 2001, págs. 550-551.

5. La práctica, claro está, no se circunscribe a las relaciones con la Administración local, puesto que también se ha manifestado –aunque menos resignadamente, como era de prever– en las relaciones Estado-comunidades autónomas. Algún progreso se ha realizado en este último ámbito, aunque el absoluto vacío doctrinal y jurisprudencial aún existente en materia de reparto de las cargas financieras ha impedido que las eventuales compensaciones se configuren en términos jurídicos, confiándose su fijación casi por entero al proceso político. Así se desprende de la nueva letra e) que se ha incorporado al artículo 2.1 de la LOFCA a raíz de su última reforma (Ley orgánica 7/2001, de 27 de diciembre), en cuya virtud se añade el siguiente principio general: “e) La lealtad institucional, que determinará la valoración del impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones del Estado legislador en materia tributaria o la adopción de medidas de interés general, que eventualmente puedan hacer recaer sobre las comunidades autónomas obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración anual en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las comunidades autónomas.”

1. La suficiencia financiera como elemento constitutivo de la autonomía local constitucionalmente garantizada

Como tantas veces se ha reiterado, la exigencia de que las entidades locales han de estar dotadas de recursos suficientes es consustancial a la consagración de la autonomía local. En efecto, de forma prácticamente unánime, sobre la base de que el principio de suficiencia constituye el “complemento y presupuesto”⁶ de dicha autonomía, la doctrina no ha cesado de poner de manifiesto la indisoluble relación de necesidad que vincula la vigencia efectiva de la autonomía local con un suficiente suministro de medios económicos.⁷

Y, en verdad, esta certidumbre de que media una vinculación no escindible entre la suficiencia financiera y la garantía constitucional de la autonomía local resulta absolutamente irrefutable. Como es sabido, dentro del ámbito constitucionalmente protegido por la autonomía local cabe distinguir, de una parte, un elemento “material”, consistente en la atribución de un *minimum* de competencias propias a los entes locales,⁸ y, de otro lado, un elemento “modal”, en cuya virtud se les garantiza que, dentro de ese marco competencial, podrán actuar bajo su propia responsabilidad, pudiendo por ende decidir “si”, “cuándo” y “cómo” van a desempeñar las competencias que les corresponden. Esta vertiente “modal” de la autonomía local, que el artículo 7.2 de la LRRL se cuida expresamente de recordar, entraña la necesaria asignación de determinadas potestades sin las que la aludida autorresponsabilidad sería puramente ilusoria;⁹ asignación que, con eficacia meramente decla-

rativa, se encarga de efectuar el artículo 4.1 de la LRRL, que, por lo que a nosotros interesa, reconoce “en todo caso a los municipios, las provincias y las islas”, entre otras, las potestades reglamentaria y de autoorganización, las potestades tributaria y financiera, así como la potestad de programación o de planificación. Pues bien, ya porque se entienda que el derecho a la suficiencia es un componente imprescindible de la potestad financiera,¹⁰ ya porque se considere, sencillamente, que sin unos medios suficientes deviene imposible un ejercicio plenamente libre del conjunto de tales potestades, se hace evidente que la falta de un adecuado flujo de recursos contraría el elemento modal de la autonomía local, protegido directa e inmediatamente por el propio texto constitucional.

En suma, el derecho a la suficiencia financiera puede considerarse implícitamente consagrado en todos los textos constitucionales que reconocen genéricamente la autonomía a las entidades locales. Por lo demás, como no podía ser de otra manera, esta conexión inherente entre suficiencia financiera y autonomía ha sido reiteradamente asumida en la jurisprudencia constitucional. Así, se ha afirmado que la reiterada suficiencia constituye el “presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141 de la CE” [por todas, STC 233/1999, FJ 4.b)]; que resulta un “complemento inexcusable de la autonomía financiera” (STC 87/1993, FJ 3); o, sencillamente, que sin tal suficiencia la autonomía deviene imposible (STC 233/1999, FJ 37). Aunque, muy probablemente, la más decidida e intensa proclamación de la aludida vinculación sea la conte-

6. ENTRENA CUESTA, Rafael. “Comentario al artículo 142 de la CE”, en *Comentarios a la Constitución* (F. Garrido Falla, dir.). Tercera edición, Madrid: Civitas, 2001, pág. 2460.

7. Así, ya en LEGUINA VILLA, J., “Gobierno municipal y Estado autonómico”, en *Escritos sobre autonomías territoriales*, Madrid: Tecnos, 1984, págs. 273-274. Sin ánimo de ser exhaustivo, véase además: ALONSO MAS M. J., “La protección de la autonomía local frente a normas con valor de ley”, en *Nuevas perspectivas del régimen local*. (Baño León/Climet Barberá, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, págs. 892-893; ARAGONÉS BELTRÁN, E., “La interpretación judicial de la autonomía local en materia tributaria”, en *La autonomía local. Análisis jurisprudencial*, Madrid/Barcelona: Diputación de Barcelona y Marcial Pons, 1998, pág. 118; Blasco Díaz, J. L., *Ordenanza municipal y ley*, Madrid: Marcial Pons, 2001, pág. 212; GARCÍA ROCA, J., “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, REALA 282, 2000, pág. 67; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., “Reflexiones sobre la autonomía o suficiencia financiera de las corporaciones locales según la Constitución española”, REALA 229, 1986, pág. 103; RAMALLO MASSANET, J. y ZORNOZA PÉREZ, J., “Autonomía y suficiencia en la financiación de las haciendas locales”, REALA 259, 1993, págs. 500-501, y SÁNCHEZ PEDROCHE, A., “La financiación de las provincias”, *Revista de hacienda local*, XXX/88, 2000, págs. 77-79.

8. Apoyándose en los pertinentes precedentes jurisprudenciales, la STC 109/1998 quiso poner el acento en esta imposición constitucional de que ha de reconocerse un mínimo de atribuciones a las administraciones locales. En efecto, refiriéndose en el fundamento jurídico segundo a “la dimensión funcional o competencial de la autonomía local”, precisaría: “Pues bien, descendiendo a la vertiente funcional de la autonomía provincial, el artículo 137 de la CE se proyecta en la exigencia de que el legislador ha de atenerse a un ‘mínimo competencial’ que, como competencias propias, ha de reconocerse

al ente local, a cuyo fin los órganos representativos de éste han de hallarse dotados de aquellas potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible (STC 32/1981, fundamento jurídico 4; 170/1989, fundamento jurídico 9, y 40/1998, fundamento jurídico 39.”

9. En la doctrina alemana usualmente se distinguen las siguientes “potestades” configuradoras de dicha vertiente modal de la autonomía: la potestad en materia de personal (*Personalhoheit*), la potestad reglamentaria (*Rechtssetzungshoheit*), la potestad de organización (*Organisationshoheit*), de planificación (*Planungshoheit*) y, naturalmente, también la potestad financiera (*Finanzhoheit*). Respecto del reiterado elemento “modal”, puede consultarse CLEMENS, Thomas, “Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1990, pág. 838; IPSEN, Jörn, “Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers”, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1994, págs. 203-204; LISSACK, Gernot, *Bayerisches Kommunalrecht*, C. H. Beck, München, 1997, págs. 22-25; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, “Kommunalrecht”, en *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1995, págs. 18-22, y Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, C. H. Beck, München, 1977. Y, más específicamente, sobre la potestad financiera, véase: HENNEKE, Hans-Günter, “Kommunale Eigenverantwortung bei zunehmender Normdichte”, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1994, págs. 233-235 y Hufen, Friedrich, “Aufgabenzug durch Aufgabenüberlastung”, *DÖV* 1998, pág. 278.

10. En esta línea, SCHOCH, Friedrich, “Finanzverantwortung beim kommunalen Verwaltungsvollzug bundes- und landesrechtlich veranlaßter Ausgaben”, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1994, pág. 253.

nida en el fundamento jurídico cuarto de la STC 104/2000:

“Y sobre este particular, hay que comenzar diciendo que el principio de autonomía (para ‘la gestión de sus respectivos intereses’, según el artículo 137 de la CE) que preside la organización territorial del Estado, configura uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), ofreciendo una vertiente económica relevante ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8). *La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas* (STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; 201/1988, de 27 de octubre, FJ 4; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7 y 14; 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 8; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 y 3; 68/1996, de 18 de abril, FJ 10; 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 166/1998, de 15 de julio, FJ 10, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22); *es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido* en los artículos 137, 140 y 141 de la CE (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2B; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22, y ATC 382/1993, de 1 de diciembre, FJ 4)” (la cursiva es nuestra).

Pero es que, además, avanzando decididamente en el perceptible proceso de “constitucionalización” de las haciendas locales,¹¹ nuestra Constitución ha venido a reconocer de forma expresa e inequívoca la vigencia del principio de suficiencia en su artículo 142: “Las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los

del Estado y de las comunidades autónomas.” De este modo, nuestro texto constitucional viene a apuntalar el anclaje constitucional del principio con mucha mayor intensidad y claridad que suelen hacerlo los ordenamientos de nuestro entorno, evitando así cualquier posible lectura “reduccionista” tendente a negar que el derecho a la suficiencia se halle implícitamente consagrado en la Constitución desde el momento mismo en que ésta reconoce el principio de autonomía local.¹² Con este expreso respaldo del artículo 142 de la CE, ninguna duda hay que albergar acerca de que los municipios y las provincias “tienen garantizada constitucionalmente la suficiencia financiera” (STC 237/1992, FJ 6).

Como tampoco puede generar dudas de ninguna índole, en vista de cuanto se lleva dicho, que las entidades locales están facultadas para elevar directamente al Tribunal Constitucional las reclamaciones relativas a una eventual quiebra de su suficiencia, siempre y cuando—claro está— sean a normas con rango de ley a las que pueda imputarse esta peculiar forma de lesionar “la autonomía local constitucionalmente garantizada” (artículo 75 bis.1 de la LOTC). Pues, como ya se ha señalado acertadamente, el conflicto en defensa de la autonomía local no se circunscribe al examen de las eventuales vulneraciones de la misma que traigan causa de invasiones o de intromisiones ilícitas en el ámbito competencial de la Administración local,¹³ sino que se extiende a cualquier otro elemento constitutivo de la autonomía, incluyendo las controversias relativas a los “medios financieros y patrimoniales”.¹⁴ A esta dirección apunta necesariamente la ya referida vinculación inmediata que una la suficiencia financiera con la autonomía local, según ha sostenido insistentemente el Tribunal Constitucional. Y ésta es también la conclusión a la que se llega si se parte de la idea de que el parámetro a utilizar en el nuevo proceso para enjuiciar la vulneración de la autonomía local no se limita a los específicos preceptos constitucionales que consagran dicho principio (artículos 137, 140 y 141 de la CE), sino que también pueden emplearse a tal objeto cualesquiera otras disposiciones

11. De un “avance del constitucionalismo” en materia hacendística local, y especialmente en relación con el poder tributario, habla CALVO ORTEGA, R., en “Constitución y haciendas Locales”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero* 100, 1998, pág. 560. Una muestra de esta tendencia a la constitucionalización la proporciona la reciente experiencia alemana: mediante la reforma constitucional de 27 de octubre de 1994, vino añadirse un tercer inciso al artículo 28.2 de la Ley fundamental de Bonn, de acuerdo con el cual: “La garantía de la autonomía local abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera.” De este modo se haría explícita la vertiente financiera de la autonomía local, aunque con anterioridad el Tribunal Constitucional federal alemán ya había reconocido que la potestad financiera (*Finanzhoheit*) derivaba de la garantía genérica de la autonomía local (véase MEDINA GUERRERO, M., “Líneas básicas configuradoras de la autonomía financiera municipal en el marco europeo”, *Revista de Estudios Locales. CUNAL*, noviembre-diciembre 1999, pág. 22).

12. El tenor literal del artículo 142 de la CE ha facilitado, evidentemente, la directa conexión de la suficiencia financiera con la garantía constitucional

de la autonomía local. Por el contrario, el hecho de que hasta la reforma de 1994 no se incluyera la vertiente financiera en el precepto de la Ley fundamental de Bonn que consagra el derecho a la autonomía local (artículo 28.2) explica, entre otras razones, por qué el Tribunal Constitucional federal alemán se ha resistido a admitir explícitamente que exista un derecho constitucional de las entidades locales a contar con un suministro mínimo de recursos (*BVerfGE* 71, 25, 36 y ss.; 83, 363 y 386). Derecho que, sin embargo, como veremos con más detalle *infra*, sí se les reconoce frente a los *länder* con base en las pertinentes disposiciones de las constituciones de los estados federados.

13. Y aunque así fuera, no debe soslayarse que el Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente que en los conflictos de competencia entre Estado y comunidades autónomas éstas pueden alegar posibles vulneraciones de su autonomía financiera, sin excluir las reivindicaciones centradas en una disminución de los recursos autonómicos (STC 128/1999, FJ 8, y 192/2000, FJ 8).

14. FERNÁNDEZ FARRERES, G. “El conflicto de defensa de la autonomía local”, *Anuario del Gobierno Local* 2001, pág. 66, nota 29.

del bloque de la constitucionalidad que, siquiera con eficacia declarativa, sirvan de auxilio para acotar con precisión el alcance de dicha autonomía. Y entre ellas, qué duda cabe, ocupa un lugar privilegiado el artículo 142 de la CE.

Por lo demás, quizá no sea impertinente recordar que la posibilidad de recurrir a otros preceptos constitucionales distintos a los que consagran específicamente la autonomía local se ha admitido con entera naturalidad en Alemania a propósito del recurso de amparo local (*Kommunalverfassungsbeschwerde*). Así es; a la hora de constatar si se ha producido una vulneración de dicha autonomía no se atiende únicamente a si se ha quebrantado el artículo 28.2 de la Ley fundamental, pudiendo asimismo examinarse si se han conculcado aquellas otras disposiciones constitucionales que son adecuadas para “codeterminar la imagen constitucional de la autonomía”.¹⁵ De ahí que, en el marco del recurso de amparo local, operen como parámetros las disposiciones de la *Constitución financiera* federal (título X de la Ley fundamental de Bonn) relativas a la hacienda de las entidades locales.¹⁶

En resumidas cuentas, las entidades locales españolas son titulares de un derecho a la suficiencia financiera inmediatamente otorgado por el texto constitucional, que, además, a raíz de la última reforma de la LOTC, pueden hacer valer directamente ante el Tribunal Constitucional en el caso de que sus pretendidos quebrantamientos traigan causa de una norma con rango de ley. Frente a quién se pueda ejercer tal derecho es una cuestión que merece un tratamiento específico.

2. Los destinatarios del mandato constitucional de garantizar la suficiencia financiera de las entidades locales

En el marco de un esquema federal clásico, en el que los entes locales se conciben como “criaturas” de los estados, que no de la federación, la identificación del responsable último de garantizarles una dotación financiera adecuada se plantea en términos relativamente sencillos: exceptuando las eventuales previsiones que pueda hacer la Constitución federal acerca de los poderes financieros locales, serán las constituciones estatales las que aborden frontalmente el problema de su financiación y establezcan las específicas garantías al respecto. En el Estado autonómico, por el contrario, la cuestión parte de un presupuesto sustancialmente dife-

rente: si, en términos generales, cabe afirmar que el conocido “carácter bifronte” de la Administración local supone una rémora para la instauración de un más transparente –y, tal vez, más operativo– sistema total de relaciones intergubernamentales, las dificultades y los obstáculos se extreman cuando lo que está en juego es, precisamente, resolver la financiación del nivel local de gobierno. Pues, cabe ya adelantar, al constituir –permítaseme la expresión– una *tarea común* del Estado y de las comunidades autónomas la provisión de medios suficientes a las entidades locales, se proyecta también en este terreno la principal objeción que suele oponerse a esta práctica de federalismo cooperativo, a saber: que se diluye y desdibuja hasta dónde llegan las respectivas esferas de responsabilidad de los distintos niveles de gobierno involucrados en la satisfacción de la tarea, dificultándose así, *pari passu*, una adecuada “rendición de cuentas” (*accountability*) ante el electorado. Las titubeantes puesta en marcha e implementación del Pacto Local dan buena muestra de ello.

Ahora bien, si los niveles central y autonómico están comprometidos en proveer de una adecuada dotación financiera a los entes locales, no es en modo alguno parangonable ni la cualidad ni la intensidad de dicho compromiso. Indudablemente, el primer responsable en garantizar la suficiencia es el Estado; y ello en una doble vertiente o un doble plano. En primer lugar y sobre todo, ello es consecuencia de la inexistencia de una mínimamente acabada *Constitución financiera formal* del Estado de las autonomías, entendiendo por este concepto los preceptos que en los textos constitucionales se encargan de diseñar el sistema hacendístico de los diferentes niveles de gobierno, procediendo a tal objeto a repartir entre ellos las potestades financieras –y señaladamente las atribuciones sobre las diversas fuentes impositivas– así como a establecer, en su caso, un sistema de transferencias presupuestarias. Y habida cuenta que, en puridad, tampoco los estatutos de autonomía vienen a culminar esta tarea, se hace evidente que es el propio Estado quien está llamado a ejercer la esencial función –de naturaleza materialmente constituyente– consistente en definir el sistema hacendístico del Estado autonómico en su conjunto. A él corresponde, ciertamente, tanto determinar el modelo de financiación de las comunidades autónomas (artículo 157.3 de la CE), como el de las entidades locales, en virtud fundamentalmente de su competencia exclusiva sobre la hacienda general ex artículo 149.1.14 de la CE [STC

15. *BVerfGE* 1, 167, 181 y ss.; 71, 25, 38 y ss.

16. Acerca de esta extensión de la condición de parámetro a las disposiciones de la Ley fundamental de Bonn que esboza el sistema hacendístico local, y señaladamente a las normas que reconocen a los entes locales el derecho a la recaudación sobre determinadas figuras impositivas, consúltese PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozeßrecht*, C. H. Beck, München, 1991, pág. 193; SCHLAICH, Klaus, *Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. H. Beck,

München, 1991, pág. 114; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, “Kommunalrecht”, en *Besonderes Verwaltungsrecht* (Schmidt-Abmann, Hrsg.), 10. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1995, págs. 25-26; CLEMENS, T. H., “Comentario del artículo 91 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán”, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (D. C. Umbach/ T. H. Clemens, Hrsg.), C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pág. 1237 y especialmente págs. 1240 y 1241.

179/1985 FJ 1; 13/1992, FJ 6 y STC 233/1999, FJ 4.b)].¹⁷ De hecho, a la hora de determinar qué concreto título competencial es el que autoriza al Estado a intervenir –si el contenido en el artículo 149.1.18 o el previsto en el artículo 149.1.14 de la CE– el Tribunal Constitucional ha sostenido que este último entra en juego “en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas haciendas o de medidas de coordinación entre la hacienda estatal y las haciendas de las corporaciones locales. O también cuando su finalidad sea la *salvaguarda de la suficiencia financiera de las haciendas locales garantizada por el artículo 142 de la CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141 de la CE.* (STCA 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; 331/1993, FJ 2 y 3, y 171/1996, FJ 5)” [STC 233/1999, FJ 4.b); el énfasis, como siempre, es nuestro]. Y en el FJ 22 de esta STC 233/1999 se insistiría en este extremo: “Además, y desde el momento en que esta concreta potestad normativa tiene como inmediata finalidad garantizar la suficiencia financiera de tales corporaciones –suficiencia financiera que, según indicamos ya en el fundamento jurídico 2, es en última instancia responsabilidad de aquél–, su ejercicio encuentra anclaje constitucional en la competencia exclusiva sobre la hacienda general [...]. A mayor abundamiento, es preciso recordar que los citados constituyen en la actualidad los tributos locales de mayor trascendencia desde el punto de vista de la financiación de los entes locales, de donde se deduce que también el principio de suficiencia financiera estuvo muy presente en la mente del legislador a la hora de seleccionar qué tributos habían de ser necesariamente exigidos por todos los municipios, suficiencia financiera cuya efectividad, como hemos dicho en muchas ocasiones, corresponde garantizar al legislador estatal [STC 96/1990, fundamento jurídico 7; 237/1992, fundamento jurídico 6; 331/1993, fundamento jurídico 2.b), y 171/1996, fundamento jurídico 5].”

17. Una aportación reciente sobre el reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas en materia de hacienda local es la que proporcionan MAGRANER MORENO y GONZÁLEZ ORTIZ, “Distribución de competencias normativas en materia de haciendas locales”, *Nuevas perspectivas del Régimen Local* (Baño León/Clement Barberá, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pág. 957 y ss.

18. De acuerdo con J. Martín Queralt, también apunta a esta dirección la obligación que impone a las comunidades autónomas el artículo 2.2 de la LOFCA de velar por su propio equilibrio territorial y por la realización interna del principio de solidaridad [cf. “La participación en ingresos estatales”, en *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II* (Muñoz Machado, dir.), Madrid: Civitas, 1988, pág. 2199].

19. Y el artículo 105.2 de la LRRL se cuida de recordar que las “haciendas locales se nutren, además de tributos propios y de participaciones reconocidas en los del Estado y en los de las comunidades autónomas, de aquellos otros recursos que prevé la ley”. Por su parte, la Ley reguladora de las haciendas locales menciona esta fuente de ingresos al enumerar los recur-

Y en un segundo plano o desde una segunda perspectiva, puramente contingente, hoy por hoy puede sostenerse que es el Estado el principal responsable de garantizar la suficiencia financiera de las entidades locales porque así se desprende del propio sistema de financiación pergeñado en la Ley reguladora de las haciendas locales, al hacer de la participación en los tributos del Estado una fuente de ingresos esencial de los municipios y –sobre todo– de las provincias. Pero no es el objetivo de la apretadas líneas que integran este epígrafe apuntar, ni siquiera esbozadamente, los rasgos de dicho sistema de financiación, sino únicamente identificar los destinatarios que han de satisfacer la exigencia de suficiencia financiera local.

Y, como ya adelantamos, entre éstos se encuentran inequívocamente las comunidades autónomas. También ellas comparten cierta responsabilidad en la consecución de la tantas veces reiterada insuficiencia, como cabe inferir ya de la sola circunstancia de que ostenten alguna atribución en materia de hacienda local, dada su competencia de desarrollo y ejecución de las bases del artículo 149.1.18 de la CE; y señaladamente aquellas cuyos estatutos les atribuyen la tutela financiera de las corporaciones locales.¹⁸ Pero, sobre todo, dicha responsabilidad enraíza directa y expresamente en el propio bloque de la constitucionalidad, que contempla como una fuente de ingresos necesaria de las entidades locales la participación en los tributos de las comunidades autónomas. Los términos imperativos en que se expresa el artículo 142 de la CE no dejan el menor resquicio para la duda (“Las haciendas locales [...] se *nutrirán* fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las comunidades autónomas”).¹⁹ De este precepto, en efecto, como ha hecho el Tribunal Supremo, no puede sino extraerse la conclusión de que tanto el legislador estatal como el autonómico “se encuentran directa y constitucionalmente concernidos en dar efectividad al principio de suficiencia de las haciendas locales”.²⁰

sos locales [artículo 2.1.c)], y más adelante, en su artículo 39.2, subraya su carácter obligatorio, por más que, obviamente, reconozca a las comunidades autónomas plena libertad para determinar la forma en que articularán esta fuente de financiación: “Asimismo, las entidades locales participarán en los tributos propios de las comunidades autónomas en la forma y cuantía que se determine por las leyes de sus respectivos parlamentos.” Por último, quizá resulte oportuno recordar que, con independencia del exacto papel que quepa atribuir a la Ley reguladora de las haciendas locales en el deslinde competencial en la materia entre el Estado y las comunidades autónomas, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de señalar que la misma “ha de tenerse en cuenta para la resolución” de los procesos constitucionales en que esté involucrada una ley autonómica que afecte a la financiación local (véase el fundamento jurídico undécimo de la STC 150/1990, que vino a resolver el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley reguladora del Fondo de Solidaridad de Madrid).

20. STS de 30 de octubre de 1999.

Y, sin embargo, por más que de forma prácticamente unánime se haya reconocido que las comunidades autónomas están constitucionalmente constreñidas a subvenir a las necesidades financieras locales,²¹ no es menos amplia la apreciación de que el grado de cumplimiento de este compromiso ha sido muy deficitario hasta la fecha. De hecho, la exigida articulación de la participación de los entes locales en los ingresos tributarios de las comunidades autónomas apenas ha llegado a cristalizar en la práctica,²² incurriéndose así en un supuesto próximo al de “inconstitucionalidad por omisión”.²³ Y si bien es cierto que durante largo tiempo el propio sistema de financiación de las comunidades autónomas se ha erigido en un importante obstáculo para la puesta en marcha de la reiterada participación, al haberse fundamentado en transferencias presupuestarias estatales antes que en ingresos propios de naturaleza tributaria,²⁴ no es menos verdad que esa situación ha cambiado radicalmente en los últimos años, especialmente a raíz de la aprobación el pasado año del nuevo modelo de financiación de las comunidades autónomas, que se presenta además como el sistema definitivo.

Así es; una vez que se ha procedido a la cesión parcial a las comunidades autónomas del IRPF, el IVA y los impuestos especiales, puede en verdad afirmarse que la hacienda autonómica ha dejado de ser una hacienda de transferencia, dado que el grueso de los recursos autonómicos provendrá ahora de lo que se recaude por los tributos cedidos. Con el nuevo sistema de financiación, la participación en los ingresos del Estado, bajo la forma de “fondo de suficiencia”, pasa a convertirse en una fuente de ingresos puramente complementaria, ya que sólo se recurrirá a la misma para cubrir “la diferencia entre las necesidades de gasto de cada comunidad autónoma [...] y su capacidad fiscal” (nueva redacción del artículo 13.1 de la LOFCA). Y ello es así hasta el punto de que es muy probable que aquellas comunidades autónomas dotadas de mayor capacidad recaudadora estén en condiciones de obtener ya con sus ingresos tributarios más recursos de los que precisen para atender a sus necesidades de gasto, en cuyo caso se prevé que el

importe del Fondo de suficiencia sea a favor de la Administración central, debiendo transferir la comunidad autónoma el correspondiente “excedente”, que se reflejará por tanto como derecho en el capítulo IV del Presupuesto de ingresos del Estado [artículo 15.1 b) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía]. En este nuevo entramado normativo regulador de la financiación autonómica, se hace evidente que las comunidades autónomas no pueden ya esgrimir como atenuante la carencia de relevantes recursos de naturaleza tributaria sobre los que articular el mecanismo de participación que les impone el artículo 142 de la CE. E, incluso, cabría tal vez cuestionarse si la vía de la participación, en cuanto suministradora de recursos incondicionados,²⁵ no sería la constitucionalmente correcta en el caso de que, como consecuencia del Pacto Local, se proceda a la transferencia de competencias –y no meramente a su delegación– de las comunidades autónomas a las entidades locales. Pero también aquí se abre un terreno cuajado de interrogantes que precisan un tratamiento específico y más detenido que el que estamos ahora en condiciones de ofrecer.

A modo de recapitulación, puede concluirse que los entes locales tienen el derecho a recibir recursos suficientes para el desempeño de sus tareas, en cuanto que tal suficiencia económica constituye un elemento consustancial a la autonomía financiera y se halla, además, específicamente garantizada en el artículo 142 de la CE. De otra parte, cabe asimismo afirmar que, hoy por hoy, tal pretensión puede dirigirse especialmente frente al Estado, al ser el principal responsable en la definición del sistema de financiación local y al depender de él una fuente de ingresos esencial cual es la participación en sus ingresos. Aunque, muy probablemente, el papel de las comunidades autónomas en cuanto garantizadas de dicha suficiencia puede potenciarse a corto plazo en el marco del nuevo modelo de financiación local, especialmente si, como parece, se emprende un proceso de

21. BLASCO DÍAZ, J. L. *Ordenanza municipal y ley*, págs. 212-213; FERREIRO LAPATZA, J. J. “Constitución y haciendas locales”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, núm. 4, págs. 936-937; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. “Reflexiones sobre la autonomía o suficiencia financiera de las corporaciones locales según la Constitución española”, especialmente págs. 104-105 y 114, y RAMALLO MASSANET, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. “Autonomía y suficiencia en la financiación de las haciendas locales”, pág. 505.

22. En este sentido, consúltese SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, Navarra: Aranzadi, 2000, pág. 239, así como SUÁREZ PANDIELLO, J., “El futuro de la financiación local en el contexto del Estado de las autonomías”, *Hacienda Pública Española. Monografía 2001*, pág. 366.

23. Puede, en efecto, suscribirse la siguiente apreciación de RAMALLO y ZORNOZA: “[...] la falta de desarrollo de los sistemas de participación de las haciendas locales en los tributos de las comunidades autónomas constituye, a nuestro entender, un grave incumplimiento de las previsiones constitucionales respecto de la articulación de dichas haciendas locales, que ha de

imputarse a las comunidades autónomas. Porque son éstas las únicas instancias territoriales que disponen de competencias legislativas para la regulación de este ingreso local que, al merecer la consideración constitucional de recurso fundamental, ha de estimarse de desarrollo necesario para la consecución de la suficiencia financiera local que garantiza el artículo 142 de la CE; de modo que la inactividad a ese respecto de las comunidades autónomas debe calificarse de abiertamente inconstitucional, aunque no exista cauce procesal adecuado para la proclamación de esta suerte de inconstitucionalidad por omisión en que incurren las citadas instancias territoriales al eludir sus responsabilidades en la financiación de las haciendas locales” (“Autonomía y suficiencia en la financiación de las haciendas locales”, pág. 511).

24. Esta explicación la dio ya MARTÍN QUERALT, J., “La participación en ingresos estatales”, pág. 2198.

25. MONASTERIO ESCUDERO, C. y SUÁREZ PANDIELLO, J. *Manual de hacienda autonómica y local*. Barcelona: Ariel, 1996. Pág. 381.

descentralización de competencias de las comunidades autónomas a los entes locales. Y, en fin, en ambos casos está expedita la vía directa al Tribunal Constitucional a través del proceso en defensa de la autonomía local, siempre y cuando sea una norma con rango de la ley a la que pueda imputarse la inadecuada observancia del principio de suficiencia.

Ahora bien, si pocos interrogantes pueden plantearse acerca de que el derecho constitucional a la suficiencia financiera de las entidades locales es accionable tanto frente al Estado como frente a las comunidades autónomas, numerosas dudas asaltan cuando se trata de evaluar las posibilidades de éxito que puede tener una reclamación de esta índole en vía jurisdiccional. Veamos con algún detalle esta cuestión.

3. El carácter difícilmente justiciable de la garantía constitucional de la suficiencia financiera

Si por naturaleza las normas constitucionales son necesariamente abiertas e incompletas, y precisadas por ende de una concretización creadora, estas cualidades suelen ponerse singularmente de manifiesto en relación con las disposiciones integrantes de la Constitución financiera.²⁶ El mandato de suficiencia contenido en el artículo 142 de la CE no constituye ninguna excepción al respecto. No es de extrañar, por tanto, que con frecuencia la doctrina se haga eco de la escasa densidad normativa del precepto, con declaraciones tales como que “la de suficiencia es siempre una noción de perfiles borrosos”,²⁷ o que el principio que nos ocupa, “si bien constituye una directriz a seguir por el legislador, no basta, evidentemente, para asegurar su observancia, dada su propia vaguedad”.²⁸ Si a esto se añade que la medición exacta de la reiterada “suficiencia” requiere el empleo de conceptos y técnicas procedentes de otras ciencias,²⁹ singularmente la hacendística, podrán comprenderse las razones que explican la extrema tendencia a la “auto-contención” que ha venido caracterizando hasta la fecha la actuación del juez constitucional. Tendencia que, por lo demás, es apreciable en relación con la generalidad de las reglas del bloque de la constitucionalidad determinantes del reparto de los ingresos en el seno del Estado autonómico, pues la jurisprudencia constitucional recaída en la materia parece partir de la certidumbre de que tales reglas, escasamente vinculantes en cuanto fijan sólo orientaciones y tendencias, definen un amplísimo marco, dentro del

cual se mueve con notable soltura el legislador ejercitando su libertad de configuración política.

En principio, pues, el juez constitucional parece asumir que las cuestiones atinentes a la asignación de los recursos entre los diferentes niveles de gobierno, dada su naturaleza estrictamente cuantitativa, encuentran su más natural y genuino cauce de resolución en el proceso político. Ésta es, desde luego, la convicción que prevalece cuando los eventuales problemas de suficiencia se plantean respecto del sistema de financiación en su conjunto. Tal es, muy presumiblemente, la convicción que subyace en la afirmación, vertida inicialmente en la STC 179/1985 a propósito de una ley que afectaba a la hacienda local,³⁰ de que “no es el recurso de inconstitucionalidad en ausencia de preceptos constitucionales que así lo exijan, una vía adecuada para obtener el establecimiento de uno u otro sistema de financiación de las haciendas territoriales o la coordinación de la actividad financiera de los diversos entes territoriales entre sí” (FJ 3). A partir de entonces, el Tribunal Constitucional ha sostenido sistemáticamente la necesidad de preservar esta esfera de decisión propia del legislador, y ello tanto en lo que concierne al diseño del sistema de financiación autonómico como al local. Recientemente, en el fundamento jurídico décimo de la STC 192/2000, ha venido expresamente a recordarlo:

“Por lo demás, la atribución al TEAR del mecanismo de revisión económico-administrativa prevista en el artículo 20.1.b) de la LOFCA es un aspecto concreto que se enmarca dentro de las diversas posibilidades de que dispone el Estado a fin de establecer, por medio de la ley orgánica a que alude el artículo 157.3 de la CE, el marco general en que se ha de desenvolver la autonomía financiera de las comunidades autónomas (naturalmente dentro del respeto a los principios constitucionales contenidos en los propios artículos 156 y 157 de la CE), ‘correspondiendo a la libertad de configuración del legislador la opción de definir, según estimaciones de oportunidad aquí irrevisables, la cuantía, concepto y límites concretos de tales inversiones’ (STC 68/1996, de 4 de abril, FJ 3, ya citada, dictada en relación con determinadas inversiones del Fondo de Compensación Interterritorial, que es una de las fuentes de recursos mencionadas en el artículo 157.1 de la CE). *Esta libertad de configuración se ha predicado igualmente en relación con el sistema de financiación no ya autonómico sino también local* (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4, doctrina reiterada en la STC 233/1999,

26. Consúltense, por todos, OSSENBÜHL, Fritz, *Verfassungsrechtliche Grundfragen des Landesfinanzausgleichs gem. Art. 107 II GG*, Nomos, Baden-Baden, 1984, en especial pág. 101 y ss.

27. RAMALLO MASSANET y ZORNOZA PÉREZ. “Autonomía y suficiencia en la financiación de las haciendas locales”, pág. 504.

28. ENTRENA CUESTA, R. *Comentarios a la Constitución. Op. cit.*, pág. 2460.

29. Sobre el “peso” que ejerce esta circunstancia en la difícil justiciabili-

dad de las normas constitucionales reguladoras de la financiación territorial, consúltense sobre todo PROKISCH, Rainer, *Die Justiziabilität der Finanzverfassung*, Nomos, Baden-Baden, 1993, especialmente las páginas 24 y 62-67.

30. Aseveración que posteriormente se extendió a la hacienda autonómica (STC 13/1992, FJ 2, y 68/1996, FJ 2).

de 16 de diciembre, FJ 22, y en la STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 5)."

En este contexto jurisprudencial, no es de extrañar que la concreta forma en que el modelo de financiación local incorpore el principio de suficiencia se conciba como una decisión que ha de adoptar el legislador de acuerdo, fundamentalmente, con criterios de oportunidad política, resultando por ende escasamente accesible al control jurisdiccional. Así lo deja traslucir el siguiente pasaje de la STC 104/2000: "Ha sido la LHL la que ha concretado –como opción del legislador en un momento dado– los recursos financieros de las entidades locales en orden a la consecución de su suficiencia como medio de alcanzar la autonomía constitucionalmente proclamada para la gestión de sus intereses" (FJ 5).

Pero este mismo reconocimiento de un amplio margen de maniobra del legislador también se ha producido cuando la pretendida insuficiencia se ha conectado no en abstracto con el sistema de financiación en su conjunto, sino con una específica fuente de ingresos. Efectivamente, la complejidad que encierra definir qué sea "lo suficiente" en el caso concreto se ha traducido asimismo en la práctica en un laxo control por parte del Tribunal Constitucional de la actuación pretendidamente vulneradora del principio de suficiencia, potenciando en estos supuestos la idea de que la carga de la argumentación recae sobre los recurrentes. Valga como ejemplo en relación con las comunidades autónomas las diversas resoluciones recaídas a propósito de la normativa estatal que no les había asegurado un coeficiente de inversión obligatoria, lo que se consideró que podría afectar negativamente a sus ingresos procedentes de la vía del endeudamiento. La posición del Tribunal Constitucional al respecto podría sintetizarse en el siguiente pasaje de la STC 87/1993: "Por lo que respecta a la lesión de la autonomía financiera por no garantizarse un porcentaje mínimo o subcoeficiente de inversión obligatoria, también en la STC 135/1992, fundamento jurídico 8, advertimos que tal alegato presenta '*una carga argumental totalmente abstracta*', pues '*en ningún momento se demuestra que la nueva regulación ponga en peligro el principio de suficiencia económica de recursos, que en la realidad es algo muy concreto y dependiente de muchas variables*' [...] (FJ 3.b)).³¹

Y semejante modo de proceder se ha seguido respecto de las entidades locales, tal y como se desprende de la STC 104/2000. Se trata muy probablemente de la sen-

tencia en donde más directamente tuvo que abordarse un pretendido quebrantamiento del principio de suficiencia ex artículo 142 de la CE, ya que en la misma se ventiló la constitucionalidad de la Ley 5/1993 sobre la liquidación definitiva de la participación de las corporaciones locales en los tributos del Estado correspondiente al ejercicio de 1990, a la que se reprochó que había fijado un índice de evolución del gasto equivalente distinto al inicialmente establecido en la LHL. Pues bien, por las mismas razones, el Tribunal no encontró ocasión para emprender un control material del principio de suficiencia:

"Dentro del anterior esquema puede afirmarse entonces que la Ley 5/1993 no vulnera el principio de suficiencia financiera de las corporaciones locales, sencillamente, porque se limita a concretar el índice de evolución del gasto definitivo para el ejercicio 1990 conforme a los postulados de los artículos 112 a 114, y disposición adicional duodécima de la LHL (esta última en la redacción que le dio la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992). Es, además, una ley que se enmarca dentro de un quinquenio de financiación a través de la participación en los presupuestos generales del Estado (1989-1993), por lo que no se aprecia en qué manera puede afectar por sí misma y de forma individualizada a esta participación quinquenal. De hecho, *este es un resultado que los recurrentes no han probado que se produzca* (en idénticos términos, STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22), no bastando la mera invocación en la demanda para que este Tribunal deba pronunciarse sobre el mismo, siendo preciso que en el cuerpo del recurso se contenga la argumentación específica o los razonamientos que fundamenten su presunta contradicción con la Norma Fundamental (en sentido similar, STC 98/1989, de 1 de junio, FJ 5; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 7.B; 214/1994, de 14 de julio, FJ 3, y 195/1998, de 1 de octubre, FJ 1)" (FJ 5).

Así pues, la principal razón esgrimida por el Tribunal para desestimar el recurso no fue otra que el hecho de que no se hubieran atendido adecuadamente las cargas de la prueba y de la argumentación que pende sobre los recurrentes.³² Apreciación de que no se había satisfecho "la fundamentación que razonablemente es de esperar" (*ibidem*) que, como a nadie se le oculta, está directamente relacionada con las dificultades consustanciales que encierra definir en la práctica un concepto tan impreciso como el de suficiencia financiera. De ahí que, ante la sumamente compleja tarea de definir

31. La aludida STC 135/1992 apuntaría a continuación las siguientes variables de alcance general: "Por un lado, las necesidades traducidas en el gasto público generado por el funcionamiento efectivo de las competencias asumidas. Por otro, el rendimiento de los demás recursos y especialmente de los tributarios."

32. Coincidimos plenamente con L. POMED SÁNCHEZ, para quien la "desestimación del recurso se funda de modo principal en el hecho de que los par-

lamentarios impugnantes no han subvenido a la carga argumental y probatoria que sobre ellos pesaba, máxime cuando el motivo principal del recurso tenía que ver con los efectos para las arcas municipales del índice de participación en los tributos del Estado" ("Jurisprudencia constitucional relevante para la autonomía local", en *Anuario del Gobierno Local 2001*, pág. 347).

qué sea “lo suficiente”, el Tribunal Constitucional tienda a exigir con el máximo rigor un satisfactorio cumplimiento de la carga de la argumentación que atañe al demandante.

Ahora bien, dicho lo anterior, es menester señalar que esta tendencial renuencia del juez constitucional a efectuar un intenso control de este tipo de controversias no sólo obedece a lo especialmente indeterminado que resulta el propio concepto de “suficiencia financiera” desde el punto de vista jurídico. Como el propio Tribunal Constitucional se ha cuidado de reseñar, también el peso de lo “material” o lo “fáctico” impone sus condicionantes en este ámbito: toda pretensión de suficiencia financiera se reconoce o se otorga bajo “reserva de lo posible”, esto es, haciéndola depender de los medios realmente existentes de los que pueda disponerse en cada momento.³³ Así, refiriéndose al principio de suficiencia de recursos que consagra el artículo 2.1.d) de la LOFCA respecto de las comunidades autónomas, la STC 135/1992 vino a señalar que el mismo encuentra “un primer límite en la propia naturaleza de las cosas, y no es otro sino las posibilidades reales de la estructura económica del país en su conjunto” (FJ 8). E insistiendo en esta idea, y a propósito asimismo de las comunidades autónomas, apuntaría poco después el Tribunal Constitucional que dicho principio de suficiencia de los recursos económico-financieros ha de concebirse “dentro siempre de las reales disponibilidades económicas de un sistema globalmente presidido por el principio de solidaridad” (STC 87/1993, FJ 3).

Esta inesquivable sujeción de la garantía de la suficiencia a la situación económica global también ha sido expresamente destacada por el Tribunal Constitucional en relación con las entidades locales. Ya en la STC 96/1990, al abordar la alegación de las comunidades autónomas catalana y gallega de que a ellas debía corresponder fijar los criterios de reparto de la participación en los tributos del Estado entre sus respectivas corporaciones locales, tendría la ocasión de apuntar, siquiera como *obiter dictum*, lo siguiente: “No otra finalidad distinta más que la de garantizar en el marco de las disponibilidades presupuestarias la suficiencia financiera de todas y cada una de las corporaciones locales para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada es la que persiguen los artículos 70 y 71 de la Ley de presupuestos 50/1984 al fijar unos criterios uniformes y homogéneos de distribución entre los distintos entes locales en la participación de los ingresos del Estado” (FJ 7). Y

en el fundamento jurídico cuarto de la STC 104/2000, ya abiertamente se reconoce: “Aunque el soporte material de la autonomía financiera son los ingresos y en tal sentido la Constitución configura como principio la suficiencia de recursos (en el artículo 142), sin embargo, tiene un primer límite en el marco de las disponibilidades presupuestarias” (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7). Como a nadie habrá pasado inadvertido, la necesaria delimitación del mandato de suficiencia ex artículo 142 de la CE en el marco de las “disponibilidades presupuestarias” juega como otro factor desincentivador de la capacidad revisora del juez constitucional, pues, al fin y al cabo, siempre podrá considerarse que mensurar dicha disponibilidad entraña, en buena medida, una valoración esencialmente política. Por consiguiente, también bajo este prisma las posibilidades de desempeñar un riguroso control de las decisiones del legislador a la luz del mandato de suficiencia se topan con los límites jurídico-funcionales de la jurisdicción constitucional.³⁴

Hasta aquí llegan los límites con los que, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional, se topa el Tribunal para determinar si una ley es o no compatible con el artículo 142 de la CE. Pero si tales son los condicionantes, ¿cuáles son las posibilidades reales de control material de la “suficiencia” que puede desempeñar el Tribunal Constitucional en su actividad jurisdiccional? Pues bien, en principio, atendiendo a los pronunciamientos hoy existentes, cabe afirmar que el núcleo duro de las facultades revisoras materiales al respecto se concentran –y no sería inexacto decir “se agotan”– en el control de la arbitrariedad de la medida impugnada. En efecto, habida cuenta que la interdicción de la arbitrariedad constituye un elemento consustancial al Estado de derecho que la jurisdicción constitucional no puede soslayar, siempre será factible revisar si el reparto de los recursos entre los entes locales adolece de falta de razonabilidad y puede, por ende, considerarse arbitrario. Así lo reconocería sin ambages el Tribunal Constitucional cuando tuvo la primera ocasión para ello con motivo de la impugnación de la Ley madrileña del Fondo de Solidaridad Municipal: “De otra parte, es claro que, como señalan acertadamente los recurrentes, las transferencias y las subvenciones de las comunidades autónomas a los entes locales deben distribuirse conforme a criterios objetivos y razonables, pues en caso contrario podrían resultar vulnerados los principios constitucionales de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (STC 150/1990, FJ 12).

33. A esta dirección apunta también la Carta Europea de la Autonomía Local cuando en su artículo 9.1 establece: “Las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales puedan disponer libremente en el ejer-

cicio de sus competencias”.

34. Sobre estos límites funcionales, MEDINA GUERRERO, M., “Comentario al artículo 1 de la LOTC”, en *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tribunal Constitucional/BOE, 2002, págs. 82-88.

Pero es más; aunque son contadas las STC³⁵ en las que se ha tenido que aplicar un control de arbitrariedad a problemas concernientes a la suficiencia financiera local –ya autónomamente ex artículo 9.3 de la CE, ya inserto en el test del principio de igualdad–, en alguna ocasión la revisión que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional ha sido mínima, casi inexistente, limitándose a constatar, prácticamente sin mayor argumentación, la concurrencia de una finalidad razonable. Así sucedió en la ya reiterada STC 104/2000, en donde, frente a la alegación de que se había vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad al no haber ninguna razón que justificase el recorte de los ingresos de las entidades locales, el Tribunal Constitucional se cuidó de subrayar lo limitado de su jurisdicción en este ámbito:

“Ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad, según han advertido ya algunas de nuestras sentencias. Así, al examinar un precepto legal impugnado, desde ese punto de vista, el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aún no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1; 108/1986, de 29 de julio, FJ 18; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6; 142/1993, de 22 de abril, FJ 9; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 16; 116/1999, de 17 de junio, FJ 14, y 74/2000, de 14 de marzo, FJ 4)” (FJ 8).

Y, una vez sentado lo anterior, zanjó la cuestión con la siguiente lacónica argumentación:

“La norma impugnada en el presente recurso posee una finalidad razonable dado que es una especificación de la LHL, que previó la liquidación anual de la participación en los tributos del Estado discutida, por lo que es aquí donde se agota el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad, que la norma supera cumplidamente (en

sentido idéntico, STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 9). En otros términos, si la norma de que tratamos no se muestra como desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución, entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa supone discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional (en sentido idéntico, STC 44/1988, de 22 de marzo, FJ 13)” (FJ 8).

Este necesariamente somero examen de nuestra jurisprudencia revela que es muy reducido el control que está dispuesto a ejercer el Tribunal Constitucional acerca del cumplimiento del principio de suficiencia local. Franca tendencia a la “autocontención” que –importa subrayarlo– ha sido durante largo tiempo un rasgo común de la jurisdicción constitucional de los estados políticamente descentralizados de nuestro entorno. La dificultad de “medir” la necesidad financiera local a cuya satisfacción se incardina el mandato constitucional de suficiencia, así como el inesquivable condicionante impuesto por las posibilidades económicas realmente existentes pueden explicar esta general renuencia a efectuar un intenso control de constitucionalidad sobre el particular. Y es que en pocas materias como la financiera se pone con tanta claridad de manifiesto la tensión permanente en que se desenvuelve el desempeño de la jurisdicción constitucional: ha de garantizar al máximo la vigencia de la Constitución sin llegar a asfixiar la libertad de conformación política de la que debe disfrutar el legislador al proceder a su concretización. Especialmente cuando se trata de repartir los recursos globales del Estado en su conjunto entre los diferentes niveles de gobierno, el juez constitucional se ve abocado a la enojosa alternativa de optar entre el Escila de acometer un intenso control de la ley cuestionada, arrojando con ello el riesgo de irrumpir en el esfera de la libre configuración política que sólo al legislador corresponde, o el Caribdis de renunciar a un examen riguroso, en cuyo caso son las propias virtualidad y prestancia de la norma constitucional las que pueden llegar a peligrar frente a un legislador casi todopoderoso.

El núcleo del problema estriba en que a menudo el rumbo emprendido por la jurisprudencia constitucional –y la nuestra no constituye desde luego una excepción– ha apuntado inequívocamente hacia el segundo de los

35. Así, en la aludida STC 150/1990 no se entendió contrario a la Constitución que una parte de la participación municipal en los tributos de la comunidad autónoma se distribuyese en función de los concretos proyectos de inversión seleccionados por la propia comunidad autónoma: “Pero tampoco desde este ángulo puede sostenerse con fundamento que tales principios constitucionales [de igualdad e interdicción de la arbitrariedad] hayan sido conculcados por la ley impugnada, pues ésta fija unos criterios de reparto de los recursos del Fondo de Solidaridad (artículos 4, 5 y disposición adicional primera) que no pueden considerarse extraños a las exigencias de objetividad y razonabilidad. Si bien en la selección de los proyectos de inversión cabe un margen de discrecionalidad en favor de la comunidad autóno-

ma para definir las prioridades, con participación de las propias corporaciones locales, ello no supone por sí solo que haya de incurrirse en arbitrariedad; y si en algún caso se produjera tal evento, siempre podrían las corporaciones afectadas impugnar las normas y los actos de desarrollo y ejecución de la ley ante los órganos judiciales competentes.” (FJ 12). Y en la STC 233/1999, al examinar la constitucionalidad de la diversificación de los tipos impositivos del IBI en función de la población de derecho de los municipios (artículo 73.3 de la LHL), el Tribunal Constitucional no dudó en argumentar suficientemente por qué era adecuado el criterio de diferenciación empleado por el legislador (FJ 26).

escollos. Y un escoramiento tan marcado únicamente puede conducir a la erosión del contenido normativo de los correspondientes preceptos constitucionales,³⁶ hasta el extremo de temerse que las garantías materiales de la suficiencia financiera local lleguen a convertirse en meras “cáscaras vacías de contenido”.³⁷ En estas circunstancias, no debe de ser motivo de entrañeza la reacción que ya se aprecia en otros ordenamientos tendente a reafirmar que tales disposiciones constitucionales son derecho vinculante y no simples directrices de política financiera de carácter más o menos potestativo.³⁸ Se parte, ciertamente, de la convicción de que es posible hallar fórmulas imaginativas que, aceptando el margen de libre configuración del legislador y el ineludible límite que impone la reserva de lo económicamente posible, impidan la desvirtuación de un elemento sencillamente irrenunciable de la autonomía local constitucionalmente garantizada. La reciente experiencia alemana ofrece buena muestra de esto.

4. La tendencia a la intensificación del control de constitucionalidad sobre la suficiencia financiera local. La experiencia alemana

4.1. El anclaje constitucional del derecho de las entidades locales a disponer de un adecuado suministro de recursos

Por lo que hace referencia a la Constitución federal, lo cierto es que cabe apreciar cierta resistencia a reconocer que la misma atribuya directamente a los entes locales una pretensión accionable ante los tribunales de obtener la suficiencia financiera. Esta resistencia, sin embargo, como comprobaremos de inmediato, no obedece tanto a la concepción de que tal pretensión sea ajena al contenido constitucionalmente protegido de la autonomía local, como a la circunstancia de que, en el ordenamiento federal alemán, se parte del presupuesto de que los entes locales son esencialmente “criaturas” de los *länder*, que no de la Federación, y en consecuencia que, salvo lo expresamente previsto en la Ley funda-

mental de Bonn, su regulación y sistema de relaciones corresponde determinarlo a los *länder* en sus respectivas constituciones. Éste es también, como no podía ser de otra manera, el modo en que abordan el tema que nos ocupa los preceptos de la Ley fundamental relativos a la materia financiera (la denominada *Constitución financiera*), puesto que suelen tratar a los *länder* y a sus entes locales como una unidad frente al Bund.³⁹

En efecto, el Tribunal Constitucional federal alemán ha rehuído manifestarse expresamente acerca de si la garantía de la suficiencia financiera forma parte del derecho a la autonomía local que el artículo 28.2 de la Ley fundamental de Bonn consagra. Y esta posición la ha mantenido tanto en relación con la versión inicial de dicho precepto como a propósito de la redacción reformada, que, como es sabido, introdujo una referencia explícita a que la autonomía local se proyecta también en su dimensión financiera.⁴⁰ Así es: si ya en época temprana no tuvo empacho en reconocer que el artículo 28.2 de la LFB protegía asimismo la “soberanía financiera” (*Finanzhoheit*) de las corporaciones locales,⁴¹ no extrajo de aquí la conclusión de que las facultades inherentes a dicha “soberanía financiera” devienen ilusorias si no se garantiza también constitucionalmente el imprescindible substrato material, esto es, la suficiencia de ingresos.⁴² El Tribunal Constitucional federal ha optado, pues, por dejar abierta la cuestión de si la “soberanía financiera” de las corporaciones locales constitucionalmente garantizada comprende también una dotación financiera adecuada o, en cualquier caso, una dotación financiera mínima (*finanzielle Mindestausstattung*).⁴³ Frente a esta posición, se ha ido abriendo paso en la doctrina la idea de que la garantía de la autonomía local asumida por la Constitución federal no puede dejar de proyectarse en la salvaguarda de una adecuada provisión de recursos. Así, por ejemplo, sobre la base de una concepción amplia de lo que sea una “injerencia” (*Eingriff*) potencialmente lesiva del derecho a la autonomía local, se ha sostenido que tal intromisión no se produce únicamente en los

36. En este sentido, SCHOCH, Friedrich, “Finanzverantwortung beim kommunalen Verwaltungsvollzug bundes- und landesrechtlich veranlaßter Ausgaben”, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1994, pág. 260.

37. WERNER Gerhard. “Die Gemeinde- und Kreisfinanzierung auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand - Rechtsschutz bei unzureichender Finanzausstattung”, *VB/BW* 1997, pág. 8. La cita la he tomado de SCHOCH, Friedrich, *Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie*, Richard Boorberg, Stuttgart, 1997, pág. 246.

38. Así, por ejemplo, MÜCKL, Stefan, *Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung*, Richard Boorberg, Stuttgart, 1998, pág. 251.

39. Véase al respecto HENNEKE, Hans-Günter, *Reform der Aufgaben- und Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1999, pág. 23.

40. Como ya apuntamos páginas atrás (véase *supra* nota 11), en el año 1994 se añadió un tercer inciso al artículo 28.2, según el cual: “La garantía de la autonomía local abarca también las bases de la propia responsabilidad

financiera.” La mayoría de la doctrina entendió, sin embargo, que esta reforma tenía un carácter meramente declarativo, pues no venía sino a recoger de forma expresa lo que ya se había reconocido en sede jurisprudencial (en esta línea, por ejemplo, HIDIEN, Jürgen W., “Die Quadratur der Umsatzsteuer - Zur Kritik der “kleinen” Gemeindefinanzreform”, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1998, pág. 620).

41. Como afirmó en la Sentencia de 24 de junio de 1969: “La soberanía financiera derivada de la garantía de la autonomía local confiere a los municipios la atribución de disponer, de forma autorresponsable, sobre los gastos e ingresos dentro del marco de un régimen presupuestario ordenado legalmente” (*BVerfGE* 26, 228, 244). A partir de entonces, no han faltado referencias en las que se incluye la “soberanía financiera” entre los componentes “esenciales” del derecho a la autonomía local (*BVerfGE* 52, 95, 117; 71, 25, 36; 83, 363, 386).

42. SCHOCH, Friedrich: *Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie*, Richard Boorber Verlag, Stuttgart, 1997, pág. 139.

43. *BVerfGE* 26, 172, 181; 71, 25, 36.

supuestos tradicionales de invasión, privación o limitación de la esfera competencial de las corporaciones locales, sino también en los casos de ampliación competencial, siempre y cuando las nuevas tareas que se asignen al escalón local no se vean acompañadas de los pertinentes medios financieros. Pero esta tesis –conviene subrayarlo– que hace derivar del propio artículo 28.2 de la Ley fundamental una pretensión de obtener los recursos correspondientes en el supuesto mencionado no ha sido aún asumida por el Tribunal Constitucional federal alemán.⁴⁴

En definitiva, dado que la Constitución federal apenas reconoce alguna responsabilidad del Bund en la financiación de los entes locales,⁴⁵ va de suyo que la máxima responsabilidad al respecto recae sobre los *länder*; razón por la cual ya en fecha temprana declaró el Tribunal Constitucional federal que, de existir una hipotética pretensión a una dotación financiera mínima ex artículo 28.2 de la Ley fundamental, la misma se tendría no frente al Bund, sino únicamente frente a los *länder*.⁴⁶ Y, como ha descrito gráficamente el reiterado Tribunal, esto no es sino “el reverso de la pertenencia, desde el punto de vista de la organización estatal, de las corporaciones locales a los *länder*”.⁴⁷ En suma, hoy por hoy, la salvaguarda constitucional inmediata de la suficiencia financiera local no puede tratar de hallarse tanto en la Constitución federal como en las constituciones de los *länder*.⁴⁸ Y, consecuentemente, las principales directrices jurisprudenciales que se han vertido en el derecho alemán para acotar el alcance y la virtualidad del principio de suficiencia financiera en cuanto integrante de la garantía constitucional de la autonomía local no proceden del Tribunal Constitucional federal, sino de los tribunales constitucionales de los *länder* o de los que hacen sus veces.⁴⁹

44. A lo sumo, el Tribunal Administrativo Federal ha admitido que el artículo 28.2 de la Ley fundamental sí brinda protección en tales supuestos de ampliación competencial, pero sólo en el caso de que se ponga en cuestión la suficiencia financiera en su conjunto (sobre estas diferentes lecturas del artículo 28.2, consúltese SCHÖCH, Friedrich, *Verfassungsrechtlicher Schutz...*, op. cit., págs. 117-119).

45. Salvando la participación de los municipios en dos de los “impuestos comunes”, a saber, el impuesto sobre la renta y el IVA, ya que su regulación corresponde a una ley federal [artículo 106.5 y 5.a) de la Ley fundamental].

46. *BVerfGE* 26, 172, 181 y ss.

47. *BVerfGE* 86, 148 (218).

48. No existe, sin embargo, una única fórmula a través de la cual las constituciones de los *länder* procedan al reconocimiento de que las entidades locales ostentan frente a su *land* el derecho a reivindicar unos ingresos suficientes. Por el contrario, son diversas las formulaciones constitucionales empleadas, aunque todas ellas pueden reconducirse a los que se han dado en denominar modelos *monista* y *dualista*. De acuerdo con el primero, el texto constitucional asegura una dotación financiera adecuada en relación con el conjunto de las tareas locales, sin tomar pues en consideración los problemas de financiación que puedan generarse con ocasión de concretos trasposos de competencias a los entes locales. Por su parte, el modelo dualista añade a esta previsión general una específica garantía para los supuestos de

4.2. Límites y posibilidades de la jurisdicción constitucional en la salvaguarda de una dotación financiera suficiente de las entidades locales

Pues bien, el interés de examinar esta jurisprudencia constitucional de los *länder* reside en que, muy probablemente, sea la que más ha avanzado en el empeño de lograr que el principio de suficiencia abandone el terreno de las proclamas retóricas para convertirse en un mandato jurídico dotado de verdadera eficacia en la práctica. Y es que, en efecto, dicha jurisprudencia ha superado sin reservas la tradicional posición claramente proclive a afrontar este tipo de conflictos como si se tratase de cuestiones esencialmente políticas y, por tanto, sólo asequibles muy condicionalmente al control jurisdiccional. Así es: durante la pasada década se han dictado algunas resoluciones que ilustran con toda evidencia de un sustancial cambio de acento en el modo en que se abordan estas controversias; y ello es así hasta el extremo de que en los años noventa, por vez primera en Alemania, se llegó a declarar inconstitucional la cuantía que había fijado el legislador del *land* para efectuar el “ajuste financiero”⁵⁰ por considerarla lesiva del derecho constitucional de las corporaciones locales a tener una dotación financiera ajustada a sus tareas. Esta primera resolución declaratoria de la inconstitucionalidad –que, obviamente, es la que más claramente simboliza el punto de ruptura con la tradicional etapa escasamente revisora– es la Sentencia del Tribunal Estatal (*Staatsgerichtshof*) de Baja Sajonia de 25 de noviembre de 1997, aunque en pureza la misma no viene sino a coronar un lento pero imparable proceso de la jurisdicción constitucional de los *länder* destinado a dar una protección efectiva a la vertiente económica de la autonomía local. Pero vamos demasiado deprisa, pues de la doctrina sentada específicamente en esta sentencia ya tendremos

transferencias competenciales, exigiendo que las mismas sólo pueden llevarse a efecto si, al tiempo, se resuelve el problema de la cobertura de los gastos pertinentes. En realidad, el modelo dualista –que presenta, a su vez, diversas variantes– es el seguido mayoritariamente, pues por el primero sólo se inclinan los *länder* de Hesse y Renania-Palatinado (MÜCKL, Steffan: *Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung*, Richard Boorber Verlag, Stuttgart, 1998, págs. 77-83).

49. De otra parte, no puede soslayarse a este respecto que no puede transitarse la vía del amparo local ante el Tribunal Constitucional federal en relación con las leyes de los *länder* si existe la posibilidad de interponer recurso contra las mismas ante el Tribunal Constitucional del correspondiente *land* [artículo 93.1.4 b) de la Ley fundamental]. Sobre este carácter subsidiario del recurso de amparo local ante el Tribunal Constitucional federal, véase por ejemplo HOPPE, Werner, “Probleme des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes der kommunalen Selbstverwaltung”, en *Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland und Europa* (Grupp/Ronellenfisch, Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin, 1995, págs. 68-69.

50. En un sentido estricto, el concepto “ajuste financiero” (*Finanzausgleich*) evoca el sistema de transferencias que fluyen entre los *länder* y las corporaciones locales a fin de asegurar a éstas la cobertura de las necesidades de gasto que no puedan ser satisfechas con sus ingresos tributarios propios.

ocasión de ocuparnos más adelante. Ahora, lo que conviene subrayar es que, en esa evolución, no se ha llegado hasta el extremo de hacer peligrar el radio de libre decisión política que necesariamente ha de reservarse al legislador. Pues, como comprobaremos acto seguido tras analizar los tradicionales límites a su jurisdicción que suelen reconocer los tribunales constitucionales de los *länder*, la más reciente y penetrante línea jurisprudencial no soslaya aquéllos cuyo objetivo es evitar que las valoraciones políticas del legislador puedan ser suplantadas por las propias del juez constitucional.

4.2.1. Los límites de la jurisdicción constitucional

Según ya señalamos al abordar el estado de la cuestión en España, los preceptos integrantes de la Constitución financiera –y muy especialmente los que garantizan la suficiencia– reflejan de modo ejemplar la naturaleza incompleta y fragmentaria que caracteriza a la norma constitucional, en cuanto necesitada de la acción concretizadora del legislador. De ahí que, sea cual fuere la fórmula mediante la cual la Constitución del *land* consagre el mandato de suficiencia, resulte evidente que la misma no proporciona –no puede proporcionar– unas pautas claras, objetivamente mensurables, sobre qué sea cuantitativamente la suficiencia financiera objeto de protección constitucional. En este sentido, no puede sino compartirse la apreciación del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia, vertida en la Sentencia de 1 de diciembre de 1998, según la cual “los límites entre una dotación financiera (aún) adecuada y otra manifiestamente insuficiente [...] no puede determinarse, de forma verificable, mediante criterios de validez universal”.⁵¹

Pues bien, tras espigar la abundante jurisprudencia constitucional, cabe afirmar que son dos los rasgos o notas características inherentes a la propia materia que dificultan, hasta el punto de imposibilitarla, la pretensión de acuñar reglas apriorísticas abstractas, de alcance general, de cuya sola aplicación mecánica quepa esperar la identificación de los casos de insuficiencia financiera. En primer lugar, es la propia naturaleza altamente técnica de las cuestiones que han de resolverse en el reparto de los recursos entre diferentes niveles de gobierno un factor esencial que dificulta el control jurisdiccional; y ello, señaladamente, porque en ocasiones el

grado de conocimiento alcanzado en la ciencia hacendística no es suficiente para proporcionar unos criterios no discutidos. Así, por ejemplo, el hecho de que no fuera irrefutable ningún método objetivo para determinar la necesidad financiera⁵² o la falta de un método científicamente reconocido a escala general para hallar la capacidad fiscal potencial de los municipios respecto del *Realsteuer*, condujeron a que el Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia reconociera al *land* un amplio margen de discrecionalidad al respecto.⁵³ Y en segundo término, no puede dejar de reseñarse que la forma en que se sustancia en la práctica dicho reparto de los medios financieros depende de la evolución que experimenten en el medio y largo plazo determinados factores coyunturales y económicos, pues de ellos va a depender el montante de los recursos derivados de los impuestos y otras fuentes de ingreso. Quiere decirse con esto que el legislador del *land* está abocado a efectuar unas valoraciones y ponderaciones necesariamente complejas a la hora de realizar una ajustada asignación de los recursos a los entes locales, lo que nuevamente se traduce en el reconocimiento de un generoso margen de apreciación propia del legislador.⁵⁴ En suma, los eventuales déficits de conocimientos técnicos precisos y la ineludible prognosis que conlleva la tarea de asignación de recursos no pueden sino plasmarse en la constatación de que el legislador dispone de una amplia libertad de configuración política sobre el particular.⁵⁵ A él ha de corresponder, ciertamente, valorar y ponderar entre sí la necesidad financiera de los *länder* y de las corporaciones locales, fijar los parámetros que determinan las diferencias respecto de la necesidad financiera y la dotación financiera existente, así como establecer los criterios conforme a los cuales habrá de efectuarse el reparto final de los recursos.⁵⁶

Además, no debe soslayarse que las leyes que establecen el “ajuste financiero” están expuestas a la necesidad de una permanente adaptación, razón por la cual las posiciones jurídicas que las mismas reconocen a los entes locales están siempre sujetas a su futura modificación. Para decirlo con los términos empleados por el Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia en la Sentencia de 15 de febrero de 1985: “Los municipios no ostentan el derecho a que se les mantenga una concreta posición en el ajuste financiero. Sólo se les

51. La sentencia puede consultarse en DÖV 1999, pág. 300 y ss.

52. Sentencia del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia de 6 de julio de 1993 (DÖV 1993, pág. 1004).

53. Cf. las ya citadas sentencias de 6 de julio de 1993 y de 1 de diciembre de 1998.

54. La reiterada Sentencia de 1 de diciembre de 1998 hace hincapié en este extremo (DÖV 1999, pág. 301).

55. En esta línea, por ejemplo, y para traer a colación la jurisprudencia constitucional de otro *land*, consúltese la Sentencia del Tribunal de Estado de Baden-Württemberg, de 14 de octubre de 1993, que se apoya en la doctrina

del Tribunal Constitucional Federal alemán para sostener que el legislador goza, en efecto, de un amplio margen de configuración para diseñar el ajuste financiero (DÖV 1994, pág. 165).

56. En términos muy semejantes se pronuncian al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia, de 6 de julio de 1993, y la Sentencia del Tribunal Constitucional de Baviera de 27 de febrero de 1997 (la referencia de esta última sentencia la he tomado de HENNEKE, Hans-Günter, “Begrenzt die finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes den Anspruch der Kommunen auf eine aufgabenangemessen Finanzausstattung?”, DÖV 1998, pág. 332).

garantiza constitucionalmente una dotación financiera adecuada; la existencia de unas determinadas modalidades de financiación no se halla comprendida en dicha garantía.⁵⁷ Y como apostilló este mismo Tribunal Constitucional en la Sentencia de 6 de julio de 1993: “La garantía de la autonomía local no confiere a los municipios ningún derecho constitucional a la preservación de una estructura o de un estándar del ajuste financiero al que se haya podido llegar en un momento dado. Por el contrario, a la hora de proceder a la regulación anual del ajuste financiero, corresponde libremente al legislador tomar en consideración las condiciones marco que hayan experimentado alguna modificación, los nuevos conocimientos y los cambios en las preferencias”.⁵⁸ No existe, en consecuencia, ningún atisbo de derecho derivado de la autonomía local a que se mantenga el *statu quo* en el sistema de financiación. Por lo demás, ésta era una afirmación que ya cabía inferir de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán, que en su día tuvo que hacer frente a la alegada vulneración de la garantía de la autonomía local pretendidamente cometida por una ley que había reducido el número de los contribuyentes de un impuesto municipal. Pues bien, el aludido tribunal rechazó la denunciada lesión apuntando, en primer término, que, aun en la hipótesis de que las corporaciones locales ostentasen el derecho a tener un determinado porcentaje mínimo de ingresos propios en el volumen total de su financiación, tal hipotético derecho no resultaría menoscabado por la sola merma de la recaudación de uno de los impuestos, sino del conjunto del sistema de impositivo. Y, sobre la base de esta argumentación, concluiría acto seguido el Tribunal Constitucional federal que no se había quebrantado el ámbito nuclear de la autonomía local, toda vez que “no pertenece a este ámbito el que los impuestos municipales tengan una determinada dimensión”.⁵⁹

En suma, si el artículo 28.2 de la Ley fundamental y los pertinentes preceptos de las constituciones de los *länder* vienen a sancionar el derecho de las corporaciones locales a un adecuado suministro financiero, tales disposiciones sólo determinan el “sí” de esta garantía, puesto que el “cómo” corresponde decidirlo a los *länder*, que disponen al respecto de un amplio margen de maniobra.⁶⁰

Pero además de estas razones –por así llamarlas– sustanciales a la propia materia que invitan a un laxo control jurisdiccional, hay una tercera asimismo relacio-

nada estrechamente con la naturaleza de la cuestión a resolver que apunta a la misma dirección, a saber, que la suficiencia financiera local sólo puede exigirse atendiendo a la situación económica general por la que atreviese el *land*. Tercer condicionante derivado de la propia naturaleza de las cosas que, además, se ve explícitamente reflejado en algunos textos constitucionales –como el de Renania del Norte-Westfalia (artículo 79) y el de Baja Sajonia (artículo 58)– que imponen a sus respectivos *länder* satisfacer dicha exigencia pero “en el marco de su capacidad financiera” (*finanzielle Leistungsfähigkeit*). Pues bien, esta “reserva de capacidad financiera” del *land* bajo la que se asegura la suficiencia financiera local fue otro factor que, en la jurisprudencia constitucional, ha servido para reafirmar e, incluso, potenciar el ámbito de discrecionalidad del legislador. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia, de 6 de julio de 1993, se trajo a colación dicha reserva para afirmar la imposibilidad de determinar, en términos exactos y verificables de acuerdo con puntos de vista objetivos, el volumen total de las transferencias incondicionadas (*Schlüsselzuweisungen*) que debía ponerse a disposición de las corporaciones locales. Y añadió a continuación: “La valoración normativa corresponde al legislador; al Tribunal Constitucional le está vedado sustituir la decisión confiada al legislador por su apreciación propia”.⁶¹ Y, en esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Baja Sajonia, de 15 de agosto de 1995, declaró que “esta reserva deba asegurar al *land* una cierta elasticidad al realizar el ajuste financiero, y evitar que en épocas de escasos recursos, en lugar de un reparto igualitario del déficit, sea el *land* el principal afectado”.⁶²

Por otra parte, importa notar que, junto a este apuntalamiento del margen de apreciación del legislador, se efectuó inicialmente una interpretación amplia de la aludida reserva que, obviamente, jugó en contra de la virtualidad de la garantía de la suficiencia financiera local. En concreto, se entendió que “en el marco de la capacidad financiera” cabía englobar la específica situación presupuestaria por la que atravesase en cada momento el *land*. “Este marco –razonó el Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia en la Sentencia de 16 de diciembre de 1988– delimita al tiempo la pretensión de asegurarse una dotación financiera adecuada que deriva del derecho a la autonomía local. [...] La dotación financiera, que tiene que suministrarse a los municipios en garantía de la autonomía local, no

57. DÖV 1985, pág. 623.

58. DÖV 1993, pág. 1004.

59. BVerfGE 26, 172 (182 y 183).

60. Así, entre otros muchos, PATZIG, Werner, “Die Lastenverteilung im Bereich der kommunalen Fremdwaltung”, DÖV 1985, pág. 250, y, más recientemente, MÜCKL, Stefan, “Kommunale Selbstverwaltung und aufgaben-

gerechte Finanzausstattung - Das Konnexitätsprinzip in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte”, DÖV 1999, pág. 842.

61. DÖV 1993, pág. 1004.

62. DÖV 1995, pág. 997. Véase asimismo de este Tribunal Constitucional la Sentencia de 25 de noviembre de 1997 (DÖV 1998, pág. 384).

puede determinarse desligándose de la situación financiera del *land*, con la sola toma en consideración de las necesidades de la comunidad local. Habida cuenta de que los municipios, a través de las transferencias que reciben, se hallan integrados con el *land* y también con el Bund en una unión fiscal (*Steuerverbund*) general, y dado que asimismo el *land* precisa de los medios procedentes de esta unión para el desempeño de sus tareas, el volumen de la dotación financiera municipal, a pesar del alto valor de la garantía de la autonomía local, debe determinarse tomando adecuadamente en consideración la necesidad financiera y la situación presupuestaria del *land*.⁶³

Esta línea jurisprudencial que extendía la “reserva” a la situación presupuestaria por la que atravesasen los *länder* –y que sería igualmente asumida por el Tribunal Constitucional bávaro en la Sentencia de 18 de abril de 1996⁶⁴– fue recibida críticamente por un sector de la doctrina especialmente atento a la salvaguarda de la autonomía local. Desde su perspectiva, dicha “situación presupuestaria” únicamente refleja la pauta de gastos del *land*, la cual no tiene por qué ser necesariamente reflejo de sus verdaderas necesidades financieras. Por consiguiente, en opinión de este sector de la doctrina, la toma en consideración de esta “situación presupuestaria” posibilita una intromisión excesiva en la esfera de la autonomía local; posibilidad de injerencia que, sumado al amplio margen de maniobra que –como hemos visto– venía a reconocerse al legislador en el reparto de los recursos, suponía dejar casi enteramente a disposición de los *länder* el mandato de suficiencia financiera derivado de la garantía constitucional de la autonomía local.⁶⁵

4.2.2. Las posibilidades del control de constitucionalidad

Hasta aquí llegan las referencias que entendemos más reveladoras de la línea jurisprudencial caracterizada por poner el acento en la libertad de configuración política del legislador en detrimento de un intenso control jurisdiccional. Ha de advertirse, no obstante, que esta tendencia en ningún caso llegó hasta el extremo de negar, lisa y llanamente, toda capacidad revisora sobre el particular. La eventualidad de que pudiera declararse incons-

titucional una ley por desatender la suficiencia financiera local ha solido siempre reconocerse en términos genéricos. Baste citar como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia, de 16 de diciembre de 1988, que rechazó que la disminución del volumen total de recursos que el *land* destinaba a las corporaciones locales vía participación en sus tributos incurriese en inconstitucionalidad, toda vez que no cabía apreciar que dicha “disminución hubiese conducido a un debilitamiento determinante del poder financiero de los municipios hasta el punto de llegar a erosionar la garantía de la autonomía local, ni hubiese privado de la base financiera necesaria para una adecuada activación de dicha autonomía”.⁶⁶

Todo ello sin olvidar, de otra parte, el tradicional reconocimiento de que la fórmula de reparto de los recursos entre los diversos niveles de gobierno es siempre susceptible de revisión a la luz del mandato de *interdicción de la arbitrariedad* que deriva del principio de igualdad. A este respecto tal vez convenga apuntar que, desde fecha muy temprana, el Tribunal Constitucional federal reconoció que dicha interdicción puede emplearse como parámetro en el recurso de amparo local para enjuiciar eventuales injerencias en la autonomía,⁶⁷ incluyendo –como es obvio– las relativas a materia financiera.⁶⁸ No es de extrañar, pues, a la vista de estos antecedentes, que dicho control se asumiese con entera naturalidad por la jurisdicción constitucional de los *länder*. Así, por mencionar uno de los muchos ejemplos que podrían traerse a colación, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia de 16 de diciembre de 1988 sostendría sobre el particular: “Una colisión contra el principio general de igualdad [...], cuya observancia es plenamente revisable desde el punto de vista constitucional también en el marco de un recurso de amparo local, se produciría solamente si el legislador hubiese quebrantado arbitrariamente el sistema de ajuste financiero supramunicipal por él mismo establecido en ventaja o desventaja de determinados municipios, o si este sistema de ajuste, en general, conduce a resultados arbitrarios, incompatibles con la función del ajuste financiero.”⁶⁹ De hecho, durante largo tiempo el control de constitucionalidad desplegado res-

63. DÖV 1989, pág. 311.

64. La referencia la tomo de HENNEKE, Hans-Günter, “Begrenzt die finanzielle Leistungsfähigkeit...”, *op. cit.*, pág. 332.

65. HENNEKE, Hans-Günter. “Begrenzt die finanzielle Leistungsfähigkeit...”, *op. cit.*, pág. 331.

66. DÖV 1989, pág. 311. Formulaciones semejantes se hallan, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia de 6 de julio de 1993, así como en las sentencias del Tribunal de Estado de Baden-Württemberg de 14 de octubre de 1993 (DÖV 1994, pág. 164) y de 10 de noviembre de 1993 (DÖV 1994, pág. 299).

67. BVerfGE 1, 167 (181). El Tribunal Constitucional federal sostiene en jurisprudencia constante que el principio de igualdad, dado su anclaje en la cláusula del Estado de derecho (artículo 28.1.1 de la Ley fundamental), no

sólo se proyecta frente a los ciudadanos, sino también en las relaciones de las administraciones públicas entre sí. Sobre la aplicación del principio al recurso de amparo local, véase STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, C. H. Beck, München, 1977, pág. 314.

68. Cf. BVerfGE 26, 172 (185); 26, 228 (244).

69. DÖV 1989, págs. 311-312. Y en la Sentencia de 6 de julio de 1993 este mismo Tribunal volvería a recordar que, en la configuración del ajuste financiero local, el principio de igualdad prohíbe perjudicar o privilegiar a determinados municipios y mancomunidades de municipios (*Gemeindeverbände*) (DÖV 1993, pág. 1003).

pecto de la suficiencia financiera local casi vino a ceñirse en la práctica a la revisión de la observancia del principio de igualdad, asumiéndose obviamente las limitaciones revisoras inherentes al test de la igualdad. En efecto, como ha recordado recientemente el Tribunal Administrativo Federal en un caso relativo al ajuste financiero local –Sentencia de 25 de marzo de 1998–, dicho principio de igualdad “impone solamente al legislador un límite extremo. El legislador dispone de una amplia libertad para tratar las situaciones de hecho de forma igual o diferente. Los límites de la interdicción de la arbitrariedad sólo se transgreden, por tanto, cuando no se puede encontrar un fundamento objetivo para una disposición legislativa [...]. Lo que en aplicación del principio de igualdad deba considerarse justificable objetivamente y lo que, por el contrario, deba estimarse falto de justificación objetiva –y, por ende, arbitrario–, no es una decisión que pueda adoptarse de forma abstracta y general, sino únicamente en función de las peculiaridades de las situaciones a regular. Y a este respecto la consideración de la libertad de configuración del legislador reclama una especial contención. Por eso, una regulación legislativa sólo puede rechazarse como arbitraria si su falta de objetividad es evidente”.⁷⁰

Ahora bien, el control jurisdiccional que usualmente se ha reconocido sobre el legislador que configura el “ajuste financiero” no se agota en este general e inescusable test de la arbitrariedad. Junto a éste, goza de una acrisolada tradición en el ordenamiento federal alemán la *prohibición de la nivelación o sobrenivelación financiera*, cuya transgresión, obviamente, puede justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley pertinente. Así, por ejemplo, en la ya citada Sentencia de 16 de diciembre de 1988 del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia, una vez mencionados los posibles supuestos de vulneración del principio de igualdad al diseñar el ajuste financiero, se añadiría: “En especial, sería inconstitucional si, después de ejecutado dicho ajuste, la situación financiera real de los municipios antaño más potentes desde el punto de vista impositivo fuese menos favorable que la de los municipios inicialmente más débiles fiscalmente,

o si resultase una plena nivelación financiera.”⁷¹ Así pues, al imponerles sus constituciones la exigencia de proceder a un ajuste financiero local, pende sobre los *länder* la obligación constitucional de proceder a la redistribución de los recursos entre los entes locales; pero en el bien entendido de que dicha tarea reequilibradora no puede llegar hasta el punto de anular enteramente las diferencias resultantes de sus respectivas fuentes fiscales propias.

Es decir: las constituciones de los *länder* fijan a sus legisladores “un determinado deber de armonización”. De una parte, han de procurar una aproximación de la dotación financiera de las corporaciones locales, debiendo potenciar a aquellas que son fiscalmente débiles hasta un extremo que les permita configurar e implementar sus tareas bajo su propia responsabilidad. Pero, de otro lado, este mandato de ajuste financiero encuentra el aludido límite de la prohibición de nivelación: los *länder* han de mitigar las diferencias de capacidad financiera, pero no las pueden suprimir enteramente ni pueden llegar al resultado que la escala originaria de capacidad fiscal se invierta radicalmente.⁷² La Decisión del Tribunal de Estado de Baja Sajonia, de 15 de agosto de 1995, es probablemente una de las resoluciones jurisdiccionales de los *länder* que más claramente ilustra del anclaje y del sentido últimos de este mandato de no-nivelación, que, por lo demás, también se proyecta a las relaciones financieras *Bund/länder*.⁷³ “Este límite deriva del propio concepto de ajuste financiero, pero procede también del principio de autorresponsabilidad inherente a la autonomía local.⁷⁴ Es incompatible con este principio un sistema de ajuste que prive a los municipios de todo estímulo para mejorar su capacidad financiera, o que haga financieramente atractivo a los entes locales financiarse a través del ajuste financiero general en lugar de utilizar de forma autorresponsable su propia capacidad financiera.”⁷⁵

Hasta aquí llegaban las máximas facultades de control que, durante largo tiempo, se ha considerado que los órganos jurisdiccionales podían desplegar sobre el legislador que ultima la asignación de medios financieros al nivel local de gobierno. Pero, como adelantamos,

70. DÖV 1998, págs. 733-734.

71. DÖV 1989, pág. 312. Doctrina que sería formulada por este mismo tribunal en la Sentencia de 6 de julio de 1993 en los siguientes términos: “No resulta compatible con el sentido y finalidad del ajuste financiero intermunicipal [...] si, tras su ejecución, los municipios que al comienzo eran débiles desde el punto de vista financiero pasan a disponer de más recursos que los inicialmente fuertes; como tampoco se compeadece con el principio de individualidad y pluralidad municipal inherente a la autonomía local el que se llegue a una plena equiparación de las diferencias de capacidad financiera” (DÖV 1993, pág. 1007).

72. Esta regla es aceptada de forma absolutamente pacífica y unánime en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, además de las resoluciones citadas en la anterior y en la siguiente nota, la Decisión del Tribunal Constitucional de

Renania-Palatinado de 30 de enero de 1998 (DÖV 1998, pág. 508).

73. De ahí que esta sentencia del Tribunal de Estado se apoyase en una sentencia del Tribunal Constitucional federal recaída a propósito del ajuste financiero federal *ex artículo 107.2 de la Ley fundamental de Bonn (BVerfGE 72, 330, 417 y ss.)*. Sobre este ajuste financiero federal previsto en la *Grundgesetz*, véase MEDINA GUERRERO, M., *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pág. 210 y ss.

74. Este anclaje de la prohibición de nivelación en el propio derecho a la autonomía local se asumió asimismo de forma expresa por el Tribunal Constitucional de Renania del Norte Westfalia en la Sentencia de 6 de julio de 1993 (DÖV 1993, pág. 1003).

75. DÖV 1995, pág. 998.

la conveniencia de introducir una digresión alemana en nuestro examen del derecho español no obedecía sino a la circunstancia de que la más reciente jurisprudencia constitucional de los *länder* mostraba una plausible tendencia a potenciar la virtualidad de la vertiente financiera de la autonomía local, lo que pasa necesariamente por el fortalecimiento de la capacidad de revisión jurisdiccional. Si hasta el momento se había puesto sobremanera el acento en la “reserva” de la capacidad financiera de los *länder*, ampliándose *pari passu* la libertad de conformación política del legislador –que, en puridad, sólo se veía constreñida por las interdicciones de la arbitrariedad y de la nivelación–, ahora la jurisdicción constitucional se inclina por una posición más equilibrada y, por ende, más atenta al mandato constitucional de suficiencia financiera.

Así es: en primer término, dicha “reserva” deja de ser el elemento determinante al que se recurre para justificar el no-intervencionismo jurisdiccional. Obviamente, el hecho de que la financiación local se garantice “en el marco de la capacidad financiera” de los *länder* continúa siendo un elemento que sirve para “delimitar” las pretensiones de alcanzar una suficiente dotación financiera, pero en modo alguno se interpreta ese condicionante hasta el extremo de vaciar de contenido el derecho a un adecuado suministro de recursos, impidiendo una eventual revisión jurisdiccional. Pues bien, esta línea jurisprudencial más protectora se inicia ya claramente con la Sentencia del Tribunal Constitucional de Baviera de 27 de febrero de 1997, en la que se parte de la aludida relación recíproca que existe entre la dotación financiera local, de una parte, y la capacidad financiera del *land*, de otro lado: “El derecho de los entes locales a que se les asegure una adecuada dotación financiera se halla sobre todo limitada por la capacidad financiera del Estado. Por eso, el margen de maniobra que queda a los municipios para las tareas propias voluntarias (*freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben*) ha de acomodarse a las concretas posibilidades financieras del *land*. Habida cuenta de que, junto al derecho a la autonomía local, hay otros numerosos bienes de igual valor que deben defenderse y preservarse, cuando las posibilidades financieras del *land* son muy reducidas puede reducirse a un mínimo dicha margen de maniobra.”⁷⁶ Y prosigue esta sentencia de 27 de febrero de 1997:⁷⁷ “Los límites de la libertad de

configuración del legislador en relación con la dotación financiera del conjunto de los municipios, así como también respecto del sistema de reparto entre los concretos municipios, derivan de que el derecho a la autonomía local debe permanecer intacto en su contenido esencial y en su ámbito nuclear [...]. El legislador no puede recortar la dotación financiera municipal de un modo tal que resulte vulnerado el mencionado derecho a un suministro financiero mínimo (*finanzielle Mindestausstattung*) y menoscabado el derecho a la autonomía local. El ámbito nuclear y el contenido esencial del derecho a la autonomía local son también intangibles en lo que concierne a la dotación financiera municipal. No se compadecería con la relevancia del derecho a la autonomía local el que su alcance se confiase a una decisión voluntaria estatal, a lo sumo limitada por la interdicción de la arbitrariedad. El Tribunal Constitucional tiene que revisar las regulaciones que afecten, se injieran o aminoren esta dotación financiera no sólo en lo que concierne a si las mismas son sostenibles desde el punto de vista de su objetividad o si colisionan con el principio de interdicción de la arbitrariedad. Antes bien, las pertinentes regulaciones legales en el ámbito de la soberanía financiera municipal deben también orientarse a las exigencias del principio de proporcionalidad, que tiene su anclaje en el principio del Estado de derecho. Debe siempre efectuarse una ponderación entre las cargas o injerencias que sufra la dotación financiera municipal y las razones suficientemente objetivas, orientadas al bien público, que determinan tales cargas o injerencias.”

La cita, pese a su notable dimensión, ha merecido la pena, pues ilustra con absoluta fidelidad de ese marcado *cambio* de acento que ha caracterizado a la jurisprudencia constitucional alemana a partir del final de la pasada década: se ha llegado al convencimiento de que la autonomía financiera local no puede quedar en manos de un legislador que sólo esté constreñido por la exigencia de no incurrir en arbitrariedad. Y esta sustancial modificación del talante con el que se afronta este tipo de controversias se ha articulado doctrinalmente en torno a la tipología de las competencias propias de las corporaciones locales:⁷⁸ cuando de las tareas obligatorias se trata (*pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben*), su financiación debe asegurarse siempre necesariamente;

76. DÖV 1998, págs. 332-333.

77. Manteniendo las argumentaciones que ya había vertido el Tribunal Constitucional bávaro en la Sentencia de 18 de abril de 1996 (véase DÖV 1998, pág. 333).

78. Véase HENNEKE, Hans-Günter, “Begrenzt die finanzielle Leistungsfähigkeit...”, *op. cit.*, pág. 332.

79. Esta diferenciación entre tipos de tareas se ha extendido, por mencionar algún ejemplo, a la jurisprudencia constitucional de Renania del Norte-Westfalia. Así, en la Sentencia de 1 de diciembre de 1998 se justificó la posi-

bilidad de reducir a un mínimo la financiación de las tareas voluntarias en términos prácticamente idénticos a los empleados en la parcialmente transcrita sentencia del Tribunal bávaro. Quizá merezca apuntarse que el tribunal renano mencionó explícitamente entre los bienes susceptibles de legitimar dicho aporte mínimo, en cuanto investidos de igual valor que el derecho a la autonomía local, la seguridad interna, la educación y la administración de justicia. Por lo demás, en la Sentencia de 1 de diciembre de 1998 el Tribunal Constitucional concluiría fallando que no se produjo la inconstitucionalidad denunciada, pues no apreció que “la viabilidad y la capacidad financieras de

mientras que, cuando están en juego tareas voluntarias de los entes locales (*freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben*), la intensidad de su financiación se hace depender de la capacidad financiera del *land*.⁷⁹ Pero, en cualquier caso, y esto conviene sin duda subrayarlo, el derecho constitucional a disponer de una adecuada dotación financiera no termina allí donde comienzan las tareas locales puramente potestativas, aun cuando adquiera en tales supuestos un menor alcance. Menor alcance que, por lo demás, parece plenamente justificado, toda vez que, a diferencia de las tareas propias obligatorias, las tareas voluntarias permiten decidir no sólo acerca del “cómo” se procederá a su desempeño, sino incluso “si” las mismas van a ser o no emprendidas por las corporaciones locales.⁸⁰ Pues bien, con la asunción de esta tesis la jurisprudencia constitucional, en puridad, no hizo más que respaldar una posición que, como apunta Friedhelm Hufen,⁸¹ contaba con un amplio predicamento en la doctrina, a saber, que la dotación financiera sólo puede considerarse constitucionalmente adecuada si, además de los recursos destinados a las competencias propias obligatorias de las corporaciones locales y a las competencias delegadas por los *länder*, proporciona medios suficientes para el desempeño de tareas voluntarias.⁸² Y, en efecto, es prácticamente unánime la apreciación de que no hay verdadera autonomía financiera si las entidades locales únicamente disponen de recursos para las tareas propias obligatorias y las tareas que han de asumir por encargo de los *länder*.⁸³

Aunque esta distinción entre tareas propias obligatorias y potestativas, con la subsiguiente diferenciación en la intensidad del control que se presta a realizar la jurisdicción constitucional —alcanzando una apreciable profundidad respecto de las primeras—, no agota el repertorio de novedades que brindan a este respecto los tribunales constitucionales de los *länder*. Aún cabe identificar otra *vuelta de tuerca* jurisprudencial, que, además, presenta el interés añadido de procurar proporcionar unas pautas objetivas —y, por ende, ciertas y predecibles— que encaucen al operador jurídico en la tarea de discernir cuándo se ha cruzado el umbral que separa un reparto de ingresos conforme a la Constitución de otro lesivo de la autonomía local en su dimensión financiera. La novedosa aportación doctrinal pro-

cede, en esta ocasión, de la Sentencia de 25 de noviembre de 1997 del Tribunal de Estado de Baja Sajonia; resolución que, partiendo de la línea jurisprudencial abierta por el Tribunal Constitucional bávaro, da un paso más allá al enfatizar el valor que ha de otorgarse al adecuado cumplimiento de las tareas locales en detrimento del “peso” que puede jugar en las argumentaciones la “reserva” de la capacidad financiera del *land* en cuanto elemento condicionante del derecho a la suficiencia financiera local. Así, tras afirmar categóricamente que, “en caso de una manifiesta desproporción entre las tareas a desempeñar y la atribución de medios, se menoscaba de forma ilícita el ámbito nuclear de la autonomía local”,⁸⁴ el aludido Tribunal vino a precisar lo siguiente:

“El artículo 58 de la Constitución de Baja Sajonia impone al legislador el mandato de que ponga a disposición de los entes locales los medios necesarios para el cumplimiento de sus tareas. El artículo 58 de la Constitución exige un ajuste financiero ajustado a las tareas. El legislador sólo puede satisfacer esta obligación si conoce el volumen de los medios financieros que se necesitan. Así, por ejemplo, a la hora de fijar el ajuste financiero, no debe soslayar el aumento apreciable de los gastos que se haya podido experimentar en el ámbito de las tareas propias obligatorias. Tales incrementos de los gastos que han de tomarse en consideración no son sólo los que se producen como consecuencia de modificaciones legislativas que vienen a ampliar los derechos de terceros. También pueden derivar [...] de un aumento del número de beneficiarios que se haya producido por razones materiales.”

Y una vez sentada esta exigencia de que el *land* ha de tomar en consideración la evolución del gasto que pende sobre los entes locales, el Tribunal de Baja Sajonia pasa acto seguido a interpretar la “reserva” de la capacidad financiera del *land* también prevista en el reiterado artículo 58 de la Constitución:

“La Constitución pone aquí de manifiesto el igual valor (*Gleichwertigkeit*) que tienen las tareas del *land* y las locales, puesto que, como correlato del cumplimiento de las pretensiones financieras de las corporaciones locales, quiere asegurar la protección efectiva de otros bienes equiparables por parte del *land*.

los recurrentes se hubiesen puesto en cuestión hasta el punto de que ya no pudieran desarrollar ninguna tarea voluntaria. Aun cuando determinadas tareas voluntarias ya no pudieron ser asumidas y debió reducirse a un nivel más bajo el desempeño de las tareas en muchos otros ámbitos, no se limitó la capacidad financiera hasta un punto en que ya no pudiesen ejercitar sus funciones” (DÖV 1999, págs. 301-302).

80. Sobre esta tipología de las competencias de los entes locales en Alemania, véase SCHOCH, Friedrich, *Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie*, págs. 130-134.

81. “Aufgabenentzug durch Aufgabenüberlastung”, DÖV 1998, pág. 278.

82. La extensión del principio de suficiencia a estas tareas se asumió con

entera naturalidad en la doctrina, al considerarse indiscutible que la consagración del derecho a la autonomía local en el artículo 28.2 de la Ley fundamental garantiza asimismo la existencia de tareas propias voluntarias de las corporaciones locales (véase, por ejemplo, SCHOCH, Friedrich, “Finanzverantwortung beim kommunalen Verwaltungsvollzug bundes- und landesrechtlich veranlaßter Ausgaben”, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1994, pág. 253).

83. Consúltese, por señalar las contribuciones más recientes, MÜCKL, Stefan, “Kommunale Selbstverwaltung und aufgabengerechte Finanzausstattung”, DÖV 1999, pág. 843; Utz Schliesky: “Gemeindefreundliches Konnexitätsprinzip”, DÖV 2001, pág. 717.

“El artículo 58 contiene una regla de colisión para resolver la tensión normativa existente entre los “medios necesarios” para el desempeño de las tareas, de una parte, y la “capacidad financiera” del *land*, de otro lado. De aquí deriva el deber de proceder a un reparto justo y equilibrado de las cargas existentes. Ante el presupuesto de que existe una fundamental equiparación entre las tareas del *land* y las de los entes locales, se requiere una simetría del reparto para proporcionar a ambos, de una forma igualitariamente ajustada a sus tareas, los medios que estén disponibles en cada momento.”

La idea de que ha de haber una simetría en el reparto (*Verteilungssymmetrie*) a la hora de proceder a la distribución de los recursos entre el *land* y las corporaciones locales constituye, sin duda alguna, una aportación cuya relevancia en la salvaguardia efectiva de la suficiencia financiera local difícilmente puede ser exagerada. De hecho, fue la inobservancia de este criterio una de las principales razones que esgrimió el Tribunal de Baja Sajonia para que, por vez primera en Alemania,⁸⁵ se declarase inconstitucional una ley de un *land* por fijar un volumen total de recursos destinado a las corporaciones locales que no satisfacía su derecho a tener una dotación financiera acorde a sus tareas. Antes de llegar a esta conclusión, el reiterado tribunal consideró pertinente apuntar que, si bien el artículo 58 de la Constitución no les reconoce el derecho a ser financiadas en una determinada cuantía, el legislador ha de tomar en consideración que dicho precepto constitucional “sirve para la protección de la autonomía local y, por eso, debe evitar que las corporaciones locales estén obligadas a realizar proporcionalmente mayores economías que el *land*”. Y en el caso en cuestión, habida cuenta que el legislador no había atendido que los gastos locales se habían incrementado extraordinariamente en los últimos años, y que la recaudación de los impuestos municipales había descendido ligeramente, mientras que por el contrario habían aumentado los recursos tributarios del *land*, no pudo sino llegarse a la apreciación de que se había ignorado dicha simetría de reparto, incurriendo con ello en inconstitucionalidad la ley impugnada.

84. DÖV 1998, pág. 384.

85. El dato procede de HENNEKE, Hans-Günter, “Begrenzt die finanzielle Leistungsfähigkeit...”, *op. cit.*, pág. 330.

86. Conviene en cualquier caso reseñar que, en tales situaciones de crisis o de estancamiento económico, desde el punto de vista hacendístico, la tendencia natural es desplazar a los niveles subcentrales de gobierno el grueso de las medidas restrictivas necesarias para su superación. En este sentido, SUÁREZ PANDIELLO ha señalado que “en momentos especialmente delicados para las economías nacionales, cuando la crisis afecta a sectores importantes de la actividad económica y empresarial nacional y la pérdida de rentas actúa sobre capas crecientes de la población, los objetivos distributivos en el campo del mantenimiento de rentas y los macroeconómicos en el campo de la estabilización priman sobre la provisión de bienes y de servicios públicos (tarea fundamental de las haciendas subcentrales) y en consecuencia la

Como se desprende de estas referencias jurisprudenciales, hay posibilidades reales de avanzar en la protección jurisdiccional de un aspecto tan esencial de la autonomía cual es el principio de suficiencia económica de los entes locales, sin que deba aceptarse estoicamente la idea de que la satisfacción de tal principio constituye, en lo fundamental, una cuestión política que escapa a un control jurídico mínimamente riguroso (excluyendo, claro está, el siempre posible –y extremo– control sobre la arbitrariedad de las medidas adoptadas). Así, la recién aludida doctrina de la “simetría del reparto” permite al juez constitucional efectuar un control real, efectivo, del mandato de suficiencia, sin necesidad de tener que descender a una revisión material acerca de si el específico volumen de recursos adscrito al nivel local alcanza, o no, a cubrir sus concretas necesidades de gasto; examen este último que, por obvias razones funcionales, no está el juez constitucional en las mejores condiciones de realizar. Por ejemplo, de acuerdo con dicha doctrina, en períodos de crisis o de estancamiento económico,⁸⁶ o, sencillamente, en el supuesto de que haya que cumplir determinados compromisos de disciplina presupuestaria,⁸⁷ podría entenderse contrario al principio de suficiencia que se acordasen recortes desproporcionados de los ingresos de las corporaciones locales, en tanto que los recursos del nivel de gobierno responsable de su suficiencia no padeciesen merma alguna o apenas se vieses afectados. Ciertamente, el mandato constitucional de suficiencia se opone frontalmente a la idea de que las entidades locales puedan ser utilizadas como una especie de “caja de reserva” para superar las situaciones de crisis o facilitar el cumplimiento de los compromisos comunitarios.

En cualquier caso, sea cual fuere la eficacia práctica que acaben teniendo estas nuevas líneas jurisprudenciales, sí ilustran de que es posible articular tests que, siendo útiles para detectar supuestos de insuficiencia lesiva de la autonomía local, no entrañen ningún riesgo de usurpación del ámbito de “lo político” por parte del juez constitucional. ■

financiación estatal a las localidades se resiente de este marco de prioridades” (“Diez años de transferencias para financiar a los municipios”, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 8, 1992, pág. 91).

87. En este contexto adquiere pleno sentido el siguiente Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la FEMP, adoptado en reunión celebrada el día 26 de febrero de 2002: “19. *Objetivo de estabilidad presupuestaria de las entidades locales para el período 2003-2005*. La CE se da por enterada del objetivo de estabilidad presupuestaria de las entidades locales para el período 2003-2005 propuesto por el Gobierno de la nación y lo acepta en la medida en que el nuevo modelo de financiación local que se está negociando garantice la suficiencia financiera de las haciendas locales y la capacidad inversora de las corporaciones locales y, además, se dé a la FEMP el protagonismo comprometido en la redacción del Reglamento de desarrollo de la Ley general de estabilidad presupuestaria.”

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

1. Introducción y planteamiento general.
2. El padrón municipal como instrumento para la definición de políticas públicas y para el ejercicio de los derechos de los extranjeros inmigrantes.
 - 2.1. Las funciones del padrón con relación a la población extranjera inmigrante. 2.1.1. El padrón municipal como ejercicio de las facultades de elección de domicilio y lugar de residencia. 2.1.2. El padrón municipal como mecanismo de determinación de la población municipal. 2.1.3. El padrón municipal como mecanismo para el ejercicio de los derechos de los extranjeros. 2.2. El régimen jurídico del padrón municipal y su repercusión en la población extranjera inmigrante. 2.2.1. Los datos de la población municipal y los requisitos para acceder al padrón. 2.2.2. El deber de confidencialidad de los datos inscritos en el padrón y el deber de colaboración interadministrativa. 2.2.3. Los datos del padrón como acreditación de la permanencia en territorio español: su incidencia en los mecanismos de regularización.
3. Las competencias locales con relación a la inmigración: una panorámica general.
 - 3.1. El régimen jurídico de determinación de las competencias municipales en materia de inmigración.
 - 3.2. Las competencias municipales en la legislación sectorial estatal y autonómica: panorámica general.
 - 3.2.1. Seguridad pública: los criterios para la actuación de las policías locales con relación a los inmigrantes. 3.2.2. Urbanismo: la distribución de la inmigración en el territorio, la rehabilitación de barrios degradados y la creación de espacios de encuentro que faciliten la integración social de los inmigrantes. 3.2.3. Vivienda: la actividad de fomento para acceder a una vivienda digna. 3.2.4. Protección de la salubridad pública: el control sanitario de edificios y lugares de vivienda. 3.2.5. Cementerios y servicios funerarios: la reserva de espacios para enterramientos y el respeto a los ritos funerarios de los inmigrantes. 3.2.6. Consumidores y usuarios: el control de la venta ambulante realizada por inmigrantes. 3.2.7. Enseñanza infantil, primaria, secundaria y de adultos.
4. Examen específico de las competencias de los municipios en materia de asistencia social a los inmigrantes.
 - 4.1. La incidencia de la legislación estatal sobre extranjería e inmigración en las competencias locales sobre servicios sociales. 4.2. La definición de las competencias locales en materia de asistencia social a los inmigrantes a través de la legislación estatal y autonómica. 4.3. Las alternativas para la ampliación del marco competencial de las entidades locales. 4.4. La participación en la gestión de los servicios sociales locales del tercer sector.
5. Conclusión y valoración general: la relevancia de las competencias locales en la aplicación del marco jurídico de la inmigración.

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

1. Las principales abreviaturas que he utilizado 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).

–LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El texto de la normativa en materia de extranjería puede consultarse, entre otros sitios, en la página web del Ministerio del Interior www.mir.es/extranje/extnormativa.htm.

Quisiera agradecer al profesor Domènec Sibina i Tomàs 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

1. Introducción y planteamiento general

En la primera parte de este estudio, que se publicó en el número 0 de esta revista, realizaba una valoración general sobre la incidencia de la legislación estatal sobre extranjería e inmigración en el ámbito de las administraciones locales, así como una propuesta de sistematización de las principales situaciones jurídicas en que se encontraban los extranjeros en territorio español. En la segunda parte de este trabajo, sobre el que versan las siguientes páginas, llevaré a cabo el estudio del padrón municipal y de las principales competencias y los servicios locales que están estrechamente relacionados con el fenómeno migratorio.

La determinación de la población que reside efectivamente en el municipio y, por tanto, también los ciudadanos extranjeros, es un instrumento fundamental para las administraciones locales por cuanto, a partir de las mismas, definen las políticas públicas que han de llevar a cabo. La inscripción patronal también es, en determinados casos, una condición para el ejercicio de determinados derechos por los extranjeros inmigrantes y la llave de acceso a determinados servicios y prestaciones públicas. Constituye, de esta forma, un elemento más de integración social en cuanto que a partir de un dato fáctico, como es el vivir habitualmente en un término municipal, se llega al reconocimiento de una cierta situación jurídica por parte de los poderes públicos.

La realización de las políticas públicas orientadas a la integración social de los inmigrantes debe enmarcarse, en principio, en el ejercicio de las competencias por las administraciones públicas que tienen atribuidas. En este sentido, el examen de las competencias de los entes locales demuestra la relevancia que éstos tienen en el proceso de integración de los inmigrantes. Ahora bien, el hecho que éstas sean relevantes no siempre quiere decir que sean suficientes ni que dispongan de los medios materiales y financieros necesarios para acometer adecuadamente los retos que plantea la inmigración a nuestra sociedad.

Ello plantea un tema de más hondo calado como es el determinar cuál es el papel que deben cumplir los entes locales en relación con la inmigración, habida cuenta su carácter estructural. Sin lugar a dudas, el factor de proximidad convierte a los entes locales en uno de los ámbitos clave para alcanzar de forma efectiva la integración de los inmigrantes en la sociedad española del siglo XXI.

2. El padrón municipal como instrumento para la definición de políticas públicas y para el ejercicio de los derechos de los extranjeros inmigrantes

2.1. Las funciones del padrón con relación a la población extranjera inmigrante

2.1.1. El padrón municipal como ejercicio de las facultades de elección de domicilio y lugar de residencia

La Constitución española reconoce el derecho de “elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”, así como el derecho “a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca” (artículo 19 de la CE). La importancia de estos derechos fundamentales para los extranjeros ha sido puesta de relieve por los autores al señalar que son “la llave de todas las demás libertades y derechos”.² En efecto, el examen de la legislación en materia de extranjería pone de relieve cómo muchos de los derechos son reconocidos a los extranjeros en la medida que su estancia o residencia en territorio español se adecue a la legalidad y por tanto en aquellos casos en los que pueden ejercer su libertad de circulación y de residencia.

El artículo 19 de la CE señala explícitamente que “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por territorio nacional”. La alusión exclusiva en su dicción literal a “los españoles” suscitó dudas iniciales sobre si dicho precepto incluía también a los extranjeros. La exclusión de los extranjeros de la titularidad hubiera supuesto para éstos que el régimen de tales libertades hubiera quedado a la libertad absoluta del legislador.

En una jurisprudencia inicial, el Tribunal Constitucional señaló que la aplicación de los derechos y las libertades a los extranjeros se circunscribía a aquellos que son imprescindibles para la dignidad humana como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación con los españoles (STC 107/1984, de 23 de noviembre). Posteriormente, el Tribunal Constitucional fue siguiendo una línea expansiva en pos de un reconocimiento más amplio de los derechos constitucionales que incluía también aquellos que no eran imprescindibles para la dignidad humana, tal y como se consideraba a las libertades de circulación y residencia.³

Derecho Público de la Universidad de Barcelona, dirigido por el profesor Eliseo Aja Fernández.

2. Vid. BORRAJO INIESTA, I., “La libertad de circulación de los extranjeros en España”, en BIGLINO CAMPOS, P. (ed.), *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y derecho comparado*, Madrid: Ed. McGraw Hill, 1998, p. 57.

3. Para BORRAJO INIESTA, I.: “Esta afirmación [...] parece razonable: por una

parte porque es indudable que, para que las personas puedan desarrollar su vida libremente y con dignidad, no les resulta imprescindible residir en España; por otra parte, porque el derecho a entrar en el territorio de un Estado es consustancial al vínculo de la nacionalidad o la ciudadanía”. Vid. de este autor “La libertad de circulación de los extranjeros...” (*op. cit.*, p. 60).

En efecto, en la fundamental STC 94/1993, de 22 de marzo de 1993 (Evangelina L. Venzón) el Tribunal deja fuera de dudas que los extranjeros son titulares de las libertades de residencia y circulación que establece el artículo 19 de la CE.⁴ Si bien entiende que el legislador goza de un amplio margen de libertad para su configuración, no es en modo absoluta. De esta forma, la interpretación de esta libertad queda limitada ex artículo 10.2 de la CE por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Se trataba, en este caso, de una expulsión acordada bajo graves irregularidades administrativas, prescindiendo del hecho de que la recurrente había solicitado la renovación de sus permisos de residencia y trabajo. El Tribunal resuelve de forma contundente y estima el amparo pese a las objeciones planteadas por el ministerio fiscal y el

abogado del Estado. Esta doctrina fue ratificada por la STC 116/1993, de 29 de marzo (Patrick Octave Eugene Cerezo), que considera igualmente que la expulsión de un extranjero afecta a las previsiones del artículo 19 de la CE, y es, por tanto, materia susceptible del ámbito de protección del recurso de amparo. Esta doctrina ha sido recogida por la jurisdicción ordinaria, que considera que los actos de la Administración que limitan el ejercicio de estas libertades pueden ser enjuiciados por el procedimiento preferente y sumario del artículo 53 de la CE (regulado inicialmente por la Ley 62/1978 y que ahora se contiene en la LJCA de 1998).⁵

Por tanto, de lo anterior podemos deducir que los extranjeros son titulares de las libertades de circulación y residencia, si bien en términos distintos y más limitados que los españoles, debiendo acudir a los términos que establezcan los tratados⁶ y la ley. De acuerdo con el

4. Vid. la STC 94/1993, de 22 de marzo de 1993 (Evangelina L. Venzón): "Tanto el abogado del Estado como el ministerio fiscal enfatizan que el texto del artículo 19 de la CE solamente alude a 'los españoles'. Ahora bien, la inexistencia de declaración constitucional que proclame directamente la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema, como ya se indicó respecto a una cuestión similar planteada por el principio de igualdad ex artículo 14 de la CE en la STC 107/1984, fundamento jurídico 3. La dicción literal del artículo 19 de la CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 de la Constitución. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantizan el título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la ley, como se dijo en las STC 107/1984, 99/1985 y 115/1987. Y el apartado 2 de este artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la CE, con el alcance que precisamos en la Declaración de 1 de julio de 1992 y que ha sido objeto de la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992. Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19. Al afirmar lo contrario, la sentencia de apelación aquí recurrida rompió, de manera abrupta e inexplicable, con una firme línea jurisprudencial del propio Tribunal Supremo, que se mantiene desde sus sentencias de 25 de junio y 3 de julio de 1980."

5. Vid. la STS de 14 de febrero de 1997 (RJ 1997/1486): "Distinta consideración merece la infracción alegada del artículo 19, en relación con el 13.1 de la Constitución. El artículo 13.1 establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título (el primero de la Constitución) 'en los términos que establezcan los tratados y las leyes'. El artículo 19 consagra como derechos fundamentales el de libertad de residencia, el de libertad de circulación por el territorio nacional y el de libre entrada y salida de España en los términos que la ley establezca. De estas normas se deriva que los actos de la Administración que limitan la libertad de residencia o el derecho a entrar y salir libremente de España de los extranjeros, con infracción del ordenamiento ('en los términos que establezcan los tratados y las leyes', indica el artículo 13.1), vulneran el derecho fundamental de los extranjeros tutelado por los señalados preceptos, pudiendo ser enjuiciados a través del procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre."

6. Según el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948), toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Los términos en que está formulada son bastante amplios, sin que se aluda a ningún tipo de límites o limitaciones. Por su parte, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, la ratificación y la adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, establece que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado

tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia, así como tiene derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. Tales derechos, según establece el propio artículo del pacto, no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente pacto. Según los comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con la libertad de circulación del artículo 12, ésta "es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona". También se señala que la cuestión de si un extranjero se encuentra "legalmente" dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero en el territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado. Entre los demás textos internacionales ratificados por el Estado español debe hacerse mención especial al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Cabe advertir, sin embargo, que todavía no se ha ratificado el protocolo número 4 a dicho convenio, donde establece que toda persona que se encuentra en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia (artículo 4). La razón de que esté pendiente la ratificación española seguramente puede encontrarse en que el Gobierno quiera evitar una judicialización de numerosos asuntos de extranjería ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. De otra forma no se entiende que siga pendiente por cuanto el texto del protocolo anejo es bastante similar al que realizan otros textos internacionales que han sido ratificados sobre las libertades de circulación y residencia. Es más, el protocolo insiste en la cautela o la prevención de que el extranjero esté en situación regular al reconocer dichas libertades. Con todo, en diciembre de 2000 el Grupo Parlamentario Socialista ha presentado una moción instando al Gobierno la ratificación de este protocolo anejo al convenio europeo. Asimismo, debe mencionarse el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que establece la libre circulación de personas (artículos 39 y siguientes). Esta libertad de circulación se establece respecto a los nacionales de los estados miembros, por lo que se crean dos grandes categorías: los ciudadanos comunitarios que serán los destinatarios principales de esta libertad y los ciudadanos extranjeros extracomunitarios que serán titulares en la medida en que se encuentren de forma regular en el territorio de la Unión Europea. Por último, debe mencionarse la esperada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, si bien con carácter no vinculante. Esta carta proclama en su artículo 45, la libertad de circulación y de residencia en los siguientes términos: todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros. Si bien, señala a continuación que de conformidad con lo dispuesto en el Tratado Constitutivo de la comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

artículo 5 de la LODYLE, serán titulares de este derecho “los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el título II de esta ley”. Título que se refiere al “régimen jurídico de los extranjeros” y, por tanto, donde se establecen los requisitos legales para acceder a las diversas situaciones jurídicas (estancia, residencia temporal y residencia permanente). Ahora bien, una vez fijado este régimen jurídico por los tratados y la ley su infracción tendrá relevancia constitucional, susceptible de ser protegida mediante la vía del procedimiento preferente y sumario y la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Las libertades de circulación y residencia se manifestarían, según señala P. J. González-Trevijano Sánchez, en las siguientes facultades: a) la facultad de circular por todo el territorio nacional, principalmente a pie o con vehículos de motor; b) la facultad de fijar la propia residencia en cualquier parte del territorio estatal, y c) la facultad de salir definitiva (emigración) o temporalmente del territorio, así como de entrar en el mismo.⁷

La facultad de fijar la propia residencia en cualquier parte del territorio se concreta a través de la posibilidad de empadronamiento.⁸ De esta forma, la inscripción en el padrón municipal deviene una manifestación más del diverso haz de facultades que integran las libertades de circulación y residencia.

Esta consideración del empadronamiento como una forma de ejercicio de las facultades de elección de domicilio y lugar de residencia comporta una correlativa obligación de la Administración competente, en este caso la municipal, de proceder a la inscripción de aquella persona en el padrón municipal.⁹ En esta línea, algunos autores han señalado que el ejercicio de la libertad de residencia supone la obligación de empadronamiento tal y como establece la legislación de régimen local.¹⁰ Esta obligación viene determinada por la atribución de competencias al ayuntamiento para “la formación, el mantenimiento, la revisión y la custodia del padrón

municipal” según establece el artículo 17 de la LBRL.¹¹ Es más, la legislación establece que las administraciones municipales “realizarán las actuaciones y las operaciones necesarias para mantener actualizados sus padrones de modo que los datos contenidos en éstos concuerden con la realidad”, así como “declararán de oficio la inscripción en su padrón como vecinos a las personas que vivan habitualmente en su término municipal y no figuren inscritos en el mismo” (artículos 62 y 73 del Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, según redacción dada por el Real decreto 2612/1996, de 20 de diciembre). Esta competencia supone, por tanto, que el ayuntamiento asume como una función propia el empadronamiento de sus habitantes.

Se plantea en qué medida esta obligación comprende exclusivamente a las personas que tengan la residencia legal en aquel municipio o comprende también a aquellas personas que se encuentren en situación irregular. O bien planteado en otros términos, en qué medida se le puede denegar la inscripción a un extranjero en el padrón municipal.

La respuesta a esta cuestión la da el propio artículo 15 de la LBRL al no establecer diferencias según la situación jurídica del extranjero. En efecto, según este precepto legal el criterio determinante para proceder al empadronamiento es la situación fáctica: que la persona “viva en el territorio español” y “resida habitualmente”. Por tanto, no se subordina la inscripción a ninguna situación administrativa en la que se encuentre el extranjero.¹² Este argumento queda reforzado con la cautela que la propia LBRL otorga a los efectos del empadronamiento respecto a un eventual cambio en la situación administrativa del extranjero. En efecto, el empadronamiento no comporta automáticamente la regularización del extranjero que se inscriba en el mismo. Ahora bien, tal y como veremos, ello no quiere decir que no sirva como elemento de prueba que permita

7. Vid. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *Libertades de circulación, residencia...*, op. cit., p. 19.

8. Al regular el derecho de residencia y libre circulación, el artículo 3 del RELO 7/1985 (Real decreto 155/1996, de 2 de febrero) dispuso que los extranjeros tienen derecho a circular libremente por el territorio nacional y fijar libremente su residencia, así como a empadronarse en el municipio en el que residan, bien como residentes, o, en su caso, como transeúntes, sin más limitaciones que las previstas en las leyes y las determinadas por razones de seguridad pública, conforme se establece en el artículo 6 de la Ley orgánica 7/1985.

9. Es precisamente esta correlación entre el derecho de residencia y libre circulación y el deber de la Administración de realizar el empadronamiento lo que determina que estemos ante una obligación. Así, T.-R. Fernández Rodríguez señala que cabe hablar de obligaciones cuando “[...] la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte en dicha relación y que, en consecuencia, tienen el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto [...]”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo II*, Madrid: Ed. Civitas, 2000.

10. Vid. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *Libertades de circulación, residencia...*, op. cit., p. 85.

11. En esta línea, vid. MIR I BAGÓ, J., “Municipios e inmigración. Los ayuntamientos ante la nueva Ley de extranjería: Participación política y derechos sociales”, en FONT I LLOVET, T., *Anuario del Gobierno Local 2001*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001, en especial pp. 169-177.

12. Ante esta obligación de la Administración municipal sorprende el hecho que un ayuntamiento pueda someter a votación del pleno si empadrona o no a los inmigrantes independientemente de su situación administrativa, tal y como sucedió en la ciudad de Burgos, según una referencia del diario *La Vanguardia* de 27 de abril de 2001. También sorprenden las declaraciones que efectuó el entonces delegado del Gobierno para la Inmigración, Sr. Fernández-Miranda, en enero de 2001 cuando si bien reclamó de los representantes municipales que sean “más cuidadosos” y también “más exigentes” con el sistema de empadronamiento, les recordó que “los ayuntamientos tienen un papel clave para combatir la inmigración ilegal, ya que son los que se encargan del empadronamiento, que sólo se debe hacer a los inmigrantes con permiso de residencia” (sic), y les pidió que se olviden “del afán de empadronamiento por conseguir más ayudas, porque así nos hacen un flaco favor”. Vid. el diario *El País* de 18 de enero de 2001.

acreditar un período establecido que permita tal regularización.¹³

Desde la perspectiva del ciudadano, sea o no extranjero, el empadronamiento parece configurarse no sólo como un ejercicio de las facultades de circulación y residencia, sino también como una obligación jurídica. A estos efectos, de acuerdo con la anterior redacción del artículo 87 del Reglamento de población y demarcación territorial, se señalaba que el alcalde podía sancionar, de acuerdo con el artículo 59 del TRRL: “[...] la negativa de los españoles y los extranjeros que vivan en territorio español a cumplimentar las hojas de inscripción padronal, la falta de firma en éstas, las omisiones o las falsedades producidas en las expresadas hojas o en las solicitudes de inscripción, así como el cumplimiento de las demás obligaciones dimanantes de los preceptos anteriores.” No obstante, esta posibilidad parece haber desaparecido con la nueva redacción dada a este precepto, por el Real decreto 2612/1996, de 20 de diciembre. Cabe señalar, de esta forma, que para el particular no constituye realmente una obligación en sentido preciso, sino que propiamente nos encontramos con la figura de la carga. Es decir, el hecho de que un extranjero no se inscriba en el padrón municipal no comportará una sanción por incumplimiento de la obligación, sino que se verá privado de una serie de ventajas. Se trata, por tanto, de una medida que se realiza en interés propio del sujeto sobre el que pesa y cuyo incumplimiento no entraña ilicitud alguna.¹⁴

2.1.2. El padrón municipal como mecanismo de determinación de la población municipal

Entre las funciones esenciales del padrón está la de conocer cuál es la población de un determinado municipio. Sobre la base de los datos del padrón, la entidad local puede disponer de estadísticas, cuyas cifras son fundamentales para planificar y programar los servicios municipales que ha de prestar, pudiendo destinar con cierta anticipación las inversiones y las partidas necesarias para ello.¹⁵

En la medida que los extranjeros acceden a los distintos servicios públicos municipales, ya sea porque tienen derecho a los mismos ya sea por razones de índole puramente fáctica, comporta la necesidad de que la entidad municipal pueda conocer cuántos de ellos se encuentran en su territorio. Es más, la legislación vigente tiene en consideración la población municipal para la distribución de los fondos entre las diversas entidades locales,¹⁶ por cuyo motivo un municipio puede verse beneficiado con mayores inversiones si refleja la población extranjera en el padrón municipal.¹⁷

La legislación de régimen local distinguía entre vecinos y domiciliados (artículo 16.2 de la LBRL). Los primeros eran “los españoles mayores de edad que residan habitualmente en el término municipal y figuren inscritos con tal carácter en el padrón”. Los segundos, en cambio, eran “los españoles menores de edad y los extranjeros residentes habitualmente en el término municipal y que como tales figuren inscritos en el padrón”. Tal distinción ya se encontraba en la legislación del siglo XIX en virtud de la cual los extranjeros podían ser domiciliados y transeúntes, según establecía el Real decreto de 17 de noviembre de 1852, así como en la Ley municipal, de 20 de agosto de 1870, y en la Ley municipal, de 2 de octubre de 1877. Esta distinción implicaba que sólo los vecinos estaban en la plenitud de sus derechos cívicos, en especial el de sufragio activo y pasivo. Como consecuencia de la incorporación del Estado español a la Unión europea, se modificó la CE para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros, atendiendo criterios de reciprocidad. En coherencia con este planteamiento, se reformó las disposiciones mencionadas de la LBRL, eliminándose la distinción entre vecinos y domiciliados, y hablándose, en cambio, de residentes. En efecto, la Ley 4/1996, de 10 de enero, modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, en relación con el padrón municipal. Así, en su Exposición de motivos se señala que:

13. Según una noticia de prensa publicada en *La Vanguardia* el 30 de mayo de 2002: “Es la primera vez que España supera la cifra de los 41 millones de habitantes, gracias a un ligero repunte de los índices de natalidad durante el ejercicio anterior y, principalmente, a los inmigrantes. No en vano, el año pasado se llevó a cabo el proceso extraordinario de regularización, que exigía documentar la presencia en España de la población extranjera, lo que motivó el empadronamiento masivo de las personas que optaban a legalizar su situación en España. Se calcula que más de 250.000 extranjeros han conseguido el permiso de residencia durante el año 2000, aunque el número de empadronamientos de inmigrantes superó ampliamente esa cifra (se estima que más de 400.000 inmigrantes pasaron por los consistorios). Esto fue posible gracias a que los ayuntamientos sólo les exigían la residencia real en el municipio.” En el Plan Municipal de Inmigración del Ayuntamiento de Barcelona, de diciembre de 2002, se señala que: “En Barcelona, la población inmigrante empadronada está creciendo de manera acelerada en los cinco últimos años. De los 40.000 extranjeros empadronados en el año 1999 la ciudad ha pasado a tener 113.000 a finales de diciembre de 2001 y 139.189 a finales de junio de 2002. Esto representa, por ejemplo, un porcentaje de creci-

miento entre marzo de 2001 y marzo de 2002 del 52,1%, a razón de más de un 3% cada mes. Mientras los extranjeros de países desarrollados han crecido en este período (marzo de 2001-marzo de 2002) un 27,1% los del resto de países lo han hecho un 58,2%.”

14. Sobre la figura de la carga, *vid.* por todos SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo I*, Madrid: Ed. CERA, 2000, p. 405.

15. *Vid.* MIR I BAGÓ, J., “Municipios e inmigración. Los ayuntamientos ante la nueva Ley de extranjería...”, *op. cit.*

16. Según el artículo 115 de la Ley reguladora de las haciendas locales, la población municipal constituye un elemento fundamental en los criterios de distribución de la participación municipal en el Fondo Nacional de Cooperación Municipal.

17. Según noticia del diario *El País* de 18 de enero de 2001: “El delegado del Gobierno para la Inmigración, Enrique Fernández-Miranda, pidió ayer a todos los ayuntamientos de España que sean más ‘cuidadosos’ y ‘exigentes’ en la elaboración de sus padrones de habitantes y no inflen sus censos empadronando a inmigrantes irregulares para recibir más dinero del Estado.”

“[...] se elimina la distinción entre vecino y domiciliado, que se establecía por ser diferentes los derechos y los deberes de los mismos. Sin embargo, la diferencia entre ambos conceptos era más ficticia que real, pues los derechos y los deberes que se les reconocían estaban condicionados a las leyes específicas que los desarrollaban. También se ha eliminado la inclusión de los transeúntes en el padrón ya que, al no conferir ningún derecho a la población que se inscribía como tal, la utilización de esta figura padronal era prácticamente nula, complicando inútilmente la gestión del padrón a los ayuntamientos.”

A partir de este momento, de acuerdo con esta nueva redacción del artículo 15 de la LBRL, todos los inscritos en el padrón municipal son los vecinos del municipio. Por tanto, dentro del concepto de vecinos cabrá incluir también a los extranjeros, si bien los derechos y los deberes estarán condicionados a las leyes específicas que los desarrollan, según veremos más adelante.

2.1.3. El padrón municipal como mecanismo para el ejercicio de los derechos de los extranjeros

La inclusión en el padrón municipal, tal y como señala A. Bullón Ramírez, “hace variar la situación jurídica de la persona, influyendo en su capacidad de obrar administrativa y en la esfera de sus derechos privados, originándose por esta cualidad de miembro un verdadero estatus jurídico administrativo”.¹⁸ Se trata, por tanto, de un complejo de situaciones jurídicas diversas (potestades, derechos, obligaciones) que son consideradas unitariamente en función de un determinado rol social o jurídico de las personas; en este caso el factor aglutinador es el de su residencia habitual y efectiva en un determinado municipio.

Si bien en el caso de los ciudadanos españoles la inscripción en el padrón municipal suponía una modificación de su estatus, la legislación de régimen local estableció ciertas prevenciones con relación a los extranjeros. En efecto, la LBRL, en su redacción dada por la Ley 4/1996, establece que la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmen-

te en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España (artículo 18.2). Con esta cautela, el legislador cionó el papel del padrón a sus estrictos términos: el posibilitar un mayor conocimiento real de la población municipal con independencia de la situación jurídica de sus habitantes.

La Ley orgánica 4/2000 introdujo como requisito esencial para el ejercicio de determinados derechos el encontrarse en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente. Concretamente, en su redacción inicial se refería al derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12.1), al derecho de ayudas en materia de vivienda (artículo 13) y al derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 20.2). De esta forma, el padrón municipal se convertía en un instrumento de integración de la población irregular que no sólo podía probar que se encontraba en determinadas fechas en territorio español, sino que también se le facilitaba el acceso a determinados servicios.

Con la Ley orgánica 8/2000, se reduce considerablemente el papel del padrón municipal que la legislación anterior le había atribuido en la política de inmigración, al mismo tiempo que se produce una restricción considerable de los derechos y las libertades de los extranjeros. Si bien se mantiene para los inscritos en el padrón el supuesto de asistencia sanitaria, se exige la situación administrativa de residencia para tener derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de viviendas. También se mantiene para el derecho a la asistencia jurídica gratuita, excepto en los procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos de asilo. En cambio, encontramos también algunos supuestos en los que ni se requiere la residencia legal ni el padrón, sino simplemente el encontrarse físicamente en territorio español, como son los servicios y las prestaciones sociales básicas, el derecho y el deber a la educación obligatoria hasta los 18 años.

El acceso al padrón municipal y a la condición de vecino comporta a su vez el ser titular de los derechos que viene reconociendo la legislación de régimen local, en especial los previstos en el artículo 18 de la LBRL.¹⁹ Sin

18. Vid. A. BULLÓN RAMÍREZ, *La población municipal*, Madrid: Ed. IEAL, 1959, p. 12. Recogiendo las palabras de este autor, vid. la STS de 2 de enero de 1996 (RJ 1996\63): “El padrón municipal, como medio de control de la población que integra un núcleo urbano, es un documento público y fehaciente a todos los efectos administrativos, constituido por la relación de residentes y transeúntes de un término municipal con inclusión de todos los datos de interés del Estado, de la comunidad autónoma y del propio municipio, precisos para configurar las relaciones públicas con dichas entidades, artículo 62 del Real decreto 1690/1986, de 11 julio (RCL 1986\2662), Reglamento de población y demarcación territorial, de forma que la inclusión en el mismo de una persona no es más que el ejercicio de la libertad de residencia, que concede el artículo 19 de la CE haciendo variar la situación jurídica de la misma, influyendo en su capacidad de obrar administrativa, y en la esfera de los dere-

chos privados, originándose por ello, un verdadero estatus jurídico-administrativo, de cuyos derechos y situación no puede ser privado el ciudadano sino en los casos y en la forma establecida por la ley.”

19. Según este precepto legal los vecinos tienen los siguientes derechos: a) ser elector y elegible de acuerdo con lo dispuesto en la legislación electoral; b) participar en la gestión municipal de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y, en su caso, cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y la Administración municipal; c) utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales, y acceder a los aprovechamientos comunales, conforme a las normas aplicables; d) contribuir mediante las prestaciones económicas y personales legalmente previstas a la realización de las competencias municipales; e) ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la

embargo, la LODYLE reserva a los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten, de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación.²⁰

2.2. El régimen jurídico del padrón municipal y su repercusión en la población extranjera inmigrante

2.2.1. Los datos de la población municipal y los requisitos para acceder al padrón

La LBRL no regulaba en su redacción original los datos que debía contener el padrón municipal, por lo que debía acudir al desarrollo reglamentario (Reglamento de población y demarcación territorial, aprobado por el Real decreto 1690/1986, de 11 de julio). No obstante, a partir de la modificación de la LBRL por la Ley 4/1996, se establece directamente un listado de los datos que ha de contener. En efecto, según la vigente redacción de la LBRL, los datos que deben figurar, como obligatorios, en el padrón municipal están contenidos en el artículo 16.2 de la LBRL, y son básicamente los siguientes: a) nombre y apellidos; b) sexo; c) domicilio habitual; d) nacionalidad; e) lugar y fecha de nacimiento; f) número de documento nacional de identidad o, tratándose de extranjeros, del documento que lo sustituya; g) certificado o título escolar académico que se posea, y h) cuantos datos puedan ser necesarios para la elaboración del censo electoral, siempre que se garantice el respeto a

los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

De los datos que hemos enumerado, destacan a nuestros efectos el de la nacionalidad y el del documento de los extranjeros que sustituya al documento nacional de identidad.²¹ Para acreditar la nacionalidad bastará disponer de un documento identificador que será generalmente el pasaporte. En cuanto al documento de los extranjeros que sustituya al documento nacional de identidad, será normalmente la tarjeta de extranjero, regulada por la Orden del Ministerio del Interior, de 7 de febrero de 1997.²² Debe advertirse, sin embargo, que la tarjeta de extranjero se expedirá únicamente a los extranjeros en situación legal en España por tiempo superior a tres meses, conforme al régimen general de extranjería, el comunitario o el de asilo. Ahora bien, la regulación abierta que deja el artículo 16.2 de la LBRL parece incluir también otros documentos que permitan acreditar su identidad.²³

Otro de los datos importantes respecto a los extranjeros es el del domicilio habitual. La propia situación irregular en que se encuentran muchos de ellos comporta que bien no tengan un domicilio estable o fijo, o bien incluso que carezcan de él, viviendo en una situación de pura marginalidad. Tal situación puede conllevar un problema en el caso de que la Administración municipal solicite a la persona que pretende la inscripción la documentación que acredite tal circunstancia. La posibilidad de que el ayuntamiento solicite del vecino "el título que legitime la ocupación de la vivienda" está prevista en el

Administración municipal en relación a todos los expedientes y la documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución; f) pedir la consulta popular en los términos previstos en la ley; g) exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio, y h) aquellos otros derechos y deberes establecidos en las leyes.

20. Vid. el artículo 52.2 del Reglamento de territorio y población de las entidades locales de Aragón, aprobado por el Decreto aragonés 346/2002, de 19 noviembre: "Los extranjeros con permiso de residencia y empadronados en el municipio tienen los derechos y los deberes propios de los vecinos, excepto los de carácter político. En cuanto al derecho al sufragio activo y pasivo se estará a lo dispuesto en la legislación reguladora de las elecciones locales." Artículo 2 del Decreto catalán 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y de su integración social en Cataluña: "Las corporaciones locales de Cataluña han de garantizar a los extranjeros residentes, empadronados en un municipio de Cataluña, el ejercicio de todos los derechos que reconoce la normativa vigente en materia de régimen local a los ciudadanos empadronados en un municipio, en especial, a ser escuchados en todas aquellas cuestiones que les afectan."

21. Según el Ararteko, en su Informe de 1997 sobre "El acceso de los extranjeros a los padrones municipales": "[...] en el caso de extranjeros en situación regular, la tarjeta de extranjero es, sin duda, el documento adecuado que debe dar paso al alta padronal. Para aquellos que en algún momento han dispuesto de situación regular en su presencia en el Estado, su identificación no ofrece dudas a través del número de identificación de extranjeros que en su momento se les expidió. Por último, si el extranjero que solicita la inscripción se encuentra en una situación de irregularidad inicial y no dispone de ninguna autorización española vigente o caducada, debe admitirse cualquier documento que sirva para su identificación, especialmente el pasaporte, y hacerlo constar, con su número correspondiente, en el padrón."

22. Según el preámbulo de dicha orden ministerial la tarjeta de extranjero se justifica de la siguiente forma: "Es por ello que tales documentos para extranjeros además del carácter oficial por su origen, tienen por finalidad reflejar y acreditar las diversas circunstancias características de la situación legal de los mismos, así como la identificación de cada interesado, logrando, de este modo, que el mismo pueda justificar oficialmente el hecho de hallarse legalmente en España."

"Para lograr estos propósitos es menester, de una parte, unificar todos los documentos de extranjeros que en la actualidad se expiden en un solo modelo de documento, la tarjeta de extranjero, propiciando no sólo un mejor conocimiento de los funcionarios encargados del control de extranjeros, sino también su utilización en el desenvolvimiento de actividades públicas o privadas de la más variada índole. Y, por otra parte, es necesario dar cumplimiento a la habilitación que el Reglamento de ejecución de la Ley orgánica 7/1985, en su artículo 62.1, concede al Ministerio del Interior para dictar las disposiciones necesarias que determinen las características del documento de extranjero previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería."

23. En este sentido, vid. la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 21 de julio de 1997, por la que se dictan instrucciones medidas a los ayuntamientos sobre actualización del padrón municipal (BOE 177, de 25 de julio de 1997): "Por lo que respecta al documento identificador de los extranjeros, que el artículo 16.2.f) de la Ley de régimen local define como el documento que sustituya al DNI, puede ser bien el documento oficial expedido por las autoridades españolas (tarjeta de extranjero) o bien el expedido por las autoridades del país de origen (pasaporte o, en el caso de nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, tarjeta de identidad vigente, de acuerdo con el Real decreto 766/1992, de 26 de junio) (RCL 1992/1469 y 2450). No obstante, los ayuntamientos procurarán siempre hacer constar en su padrón, en el caso de extranjeros, el número de la tarjeta de extranjero, y sólo a falta de éste reflejarán el número de su pasaporte, o de su tarjeta de identidad nacional si son ciudadanos de la Unión Europea."

artículo 59.2 del reglamento. Este título no puede reducirse exclusivamente al contrato de arrendamiento o un título de propiedad sobre el domicilio que se designa,²⁴ bastando otro tipo de documentos como puede ser el contrato de suministro de luz, agua o teléfono, o incluso puede bastar una simple situación fáctica que podrá ser comprobada por el ayuntamiento bien a través de su policía municipal o de cualquier servicio administrativo de inspección.²⁵ Lo que sí debe tratarse es de una situación efectiva. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que los datos existentes en el padrón no prejuzgan la propiedad o la posesión sobre la vivienda en que se ha señalado el domicilio. Tampoco la Administración municipal puede denegar la inscripción en el padrón basándose en las condiciones de habitabilidad de la vivienda, pues puede exigir tales condiciones a través del ejercicio de otras competencias.²⁶

2.2.2. El deber de confidencialidad de los datos inscritos en el padrón y el deber de colaboración interadministrativa

La exigencia de mantener la confidencialidad de los datos del padrón se plantea desde dos perspectivas fundamentales: la primera, en atención a la primacía del derecho a la intimidad personal y familiar que como derecho fundamental se recoge en el artículo 18.1 de la CE, y la segunda, en cuanto constituye un instrumento

de que dispone la entidad local para incentivar la inscripción de la población real del municipio.²⁷ Interesa, por tanto, examinar en qué medida la legislación vigente permite asegurar esta confidencialidad al regular el funcionamiento del padrón municipal.

Frente a la necesaria confidencialidad, se encuentran las exigencias de eficacia que deben presidir la actuación administrativa. En este sentido, la posibilidad de disponer de la información que se contiene en el padrón municipal podría constituir una herramienta importantísima para llevar a cabo un control más efectivo de la inmigración que se encuentra en situación irregular.²⁸ Se plantea, por tanto, una tensión entre garantías y eficacia, de cuyo estudio me ocuparé a continuación.

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 16.3 de la LBRL (según la Ley 4/1996, de 10 de enero), se prevén dos supuestos de cesiones de datos del padrón a otras administraciones públicas distintas de la municipal que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado: a) cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes, y b) para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico, en los términos previstos en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública. Fuera de estos supuestos, los datos del padrón son confidenciales y el acceso a los mismos se

24. Vid. AJA, E. (ed.): *La nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 71.

25. En este sentido, *vid.* la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 21 de julio de 1997, por la que se dictan instrucciones medidas a los ayuntamientos sobre actualización del padrón municipal (BOE 177, de 25 de julio de 1997): "Este título puede ser una escritura de propiedad o un contrato de arrendamiento, pero también un contrato de suministro de un servicio de la vivienda (agua, gas, electricidad, teléfono, etc.), o, incluso, no existir en absoluto (caso de la ocupación sin título de una propiedad ajena, sea pública o privada). En este último supuesto, el gestor municipal debería comprobar por otros medios (informe de policía local, inspección del propio servicio, etc.) que realmente el vecino habita en ese domicilio, y en caso afirmativo inscribirlo en el padrón, con completa independencia de que el legítimo propietario ejercite sus derechos ante las autoridades o los tribunales competentes, que nunca serán los gestores del padrón. Cuando un ciudadano solicite su alta en un domicilio en el que ya consten empadronadas otras personas, en lugar de solicitarle que aporte el documento que justifique su ocupación de la vivienda, se le deberá exigir la autorización por escrito de una persona mayor de edad que figure empadronada en ese domicilio. Si, con ocasión de este empadronamiento, la Administración municipal advirtiera que las personas que figuran empadronadas en ese domicilio lo han abandonado, aceptará el empadronamiento de los nuevos residentes en la vivienda conforme al procedimiento ordinario, y, simultáneamente, iniciará expediente de baja de oficio en su padrón de las personas que ya no habitan en ese domicilio. Esta circunstancia podrá hacerse constar en el apartado 'observaciones' de la certificación que pueda expedirse a instancia de los nuevos empadronados. Y cuando el alta se produzca en un establecimiento colectivo (residencias, conventos, etc.), la autorización deberá ser suscrita por la persona que ostente la dirección del mismo. En estos casos se hará constar en el apartado 'tipo de vivienda' de la hoja padronal la mención 'colectiva'. En los demás casos, el tipo de vivienda es 'familiar'."

26. Según la STSJ del País Vasco 145/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 marzo (JUR 2000\233447): "Lo expuesto aboca a esta sala a estimar el presente recurso toda vez que además de adolecer el acto

impugnado de la más mínima motivación, no habiéndose negado que el recurrente es vecino de hecho, residente, en el término municipal de Ortuella, su alcalde, ante la solicitud de empadronamiento presentada cumpliendo los requisitos legales establecidos, debió admitirla, resultando para tal reconocimiento intrascendentes las condiciones de habitabilidad de la vivienda u otras circunstancias urbanísticas que afecten a la misma para cuyo restablecimiento tienen las entidades locales otros cauces legales previstos, sin necesidad de negar la vinculación administrativa solicitada."

27. Este último aspecto es puesto singularmente de relieve por J. MIR I BAGÓ, "Municipios e inmigración. Los ayuntamientos ante la nueva Ley de extranjería...", *op. cit.*

28. Así podemos ver como en los convenios entre el IMSERSO y las comunidades autónomas se prevé esta cesión de datos del padrón. En la Resolución de 11 marzo de 2002, por la que se publica el protocolo adicional que prorroga para 2001 el convenio de colaboración 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 (BOE 36, de 30 marzo de 2002) se señala que: "La comunidad autónoma remitirá al IMSERSO información acerca de la escolarización de niños extranjeros, así como acerca de los datos disponibles de extranjeros incluidos en los padrones municipales de su ámbito geográfico y se llevará a cabo la colaboración en el seguimiento de dichos datos para poder implementar los programas de integración procedentes. Igualmente, la comunidad autónoma remitirá al IMSERSO la información correspondiente a las estadísticas e informaciones relativas a inmigrantes extranjeros de aquellos proyectos dirigidos a la integración social de inmigrantes, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados, en los que interviene la citada comunidad." En la misma línea, *vid.* también el Protocolo de 21 enero de 2002 de la Secretaría General de la Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia por el que se publica el Protocolo adicional 2001 al convenio de colaboración 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 29, de 4 de febrero de 2002).

regirá por lo dispuesto en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC).

La Ley orgánica 15/1999 establece (artículo 21) la regla general de no-cesión de datos de carácter personal o elaborados por las administraciones públicas para el desempeño de sus obligaciones a otras administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas. Se prevé como excepción cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

Esta ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo que fue resuelto por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, por el que se declara inconstitucional y se anula parte del artículo 21, concretamente el inciso siguiente: “[...] cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso”. El fundamento jurídico en que se basaba la anulación giró en torno a la imposibilidad de que a través de normas de carácter reglamentario se determinara en qué supuestos podían cederse o no los datos a otras administraciones públicas. El Alto Tribunal consideró que dicha regulación reglamentaria vulneraba la reserva de ley que el artículo 53.1 de la CE establece para el derecho fundamental a la intimidad personal. De esta forma, las excepciones a la cesión de datos que establece la Ley orgánica 15/1999 quedan limitadas a los “fines históricos, estadísticos o científicos”.

Por su parte, la LRJPAC (artículo 4) prevé como principios de las relaciones entre las administraciones públicas tanto el facilitar a otras administraciones la información que precisen sobre la actividad a desarrollar en el ejercicio de sus competencias, como el prestar a éstas cooperación y asistencia activas para el eficaz ejercicio de sus competencias. A estos efectos, se dispone que las administraciones públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud.

Esta regulación fue consecuencia de la problemática, planteada ante los tribunales de justicia, sobre la cesión de datos para castigar determinados tipos de infracciones administrativas que podían quedar impunes. Una muestra significativa lo constituye la STS de 12 de noviembre de 1996 (RJ 1996\7942). En esta STS se resolvía un recurso planteado contra una resolución del concejal delegado del Área de Régimen Interior y Personal del Ayuntamiento de Madrid, de 13 de julio 1990, por la que se denegó a la Jefatura Provincial de Tráfico de Valladolid la información relativa al domicilio,

que consta en el padrón municipal de habitantes, a los efectos del procedimiento sancionador por una infracción de tráfico. En la STS se considera que esta entrega de datos existentes en el padrón se realiza con el objeto de surtir efecto en una actividad administrativa lícita, dentro del ámbito de la seguridad vial y de servir para proteger derechos y bienes constitucionalmente protegidos, sin que se produzca consecuentemente una intromisión ilegítima e ilegal en la intimidad personal. Máxime cuando la cesión sólo sea utilizada para el correcto fin solicitado, y quedará incluso asegurado en último término el secreto del dato.

Ahora bien, cabe advertir que en tales casos la cesión de datos no ha sido determinante para detectar la infracción administrativa, sino para notificar las actuaciones seguidas en el procedimiento sancionador en el domicilio habitual, evitando la prescripción y, por tanto, la impunidad del infractor. La constatación de la infracción administrativa ha sido efectuada previamente por los agentes de la autoridad encargados del tráfico, pero requeriría una información complementaria que es la que se solicita al ayuntamiento: el domicilio del infractor como dato relevante para la correcta tramitación del procedimiento. Por tanto, el principio de colaboración no permitirá la solicitud indiscriminada de datos que permita iniciar toda una serie de actuaciones respecto a un número indeterminado de personas.

Esta precisión es de gran relevancia en el caso de los extranjeros. A mi entender, el Ministerio del Interior no podrá solicitar a un municipio toda la lista de extranjeros empadronados en el mismo. Cuestión distinta es que el ministerio siga unas actuaciones respecto a una determinada persona de nacionalidad extranjera, como por ejemplo un procedimiento de expulsión, y que requiera saber al ayuntamiento el domicilio de dicha persona para proceder a ejecutar la expulsión.

Aquí también cabe traer a colación la distinción entre fichero automatizado y expediente administrativo. Como es sabido, el expediente administrativo es el reflejo documental del procedimiento administrativo que consta en los archivos y registros de la Administración. En cambio, por fichero automatizado podemos entender todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. Los ficheros son susceptibles de ser tratados mediante operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, la grabación, la conservación, la elaboración, la modificación, el bloqueo y la cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. Desde un punto de vista estrictamente técnico, este tratamiento permite, a diferencia de lo que acontece con el expediente administrativo, disponer de forma casi inmediata de una gran cantidad

de datos, seleccionando aquellos que sean de interés a la persona que realiza la consulta.

La diferencia que hemos señalado entre expediente administrativo y fichero automatizado justifica el diverso tratamiento que se da en la LBRL y en la Ley orgánica 15/1999, según hemos visto anteriormente. Así mientras que en la LBRL se permite disponer de determinada información necesaria para el ejercicio de las respectivas competencias, siempre que la residencia y el domicilio sean datos relevantes, en la Ley orgánica 15/1999 se permite cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

2.2.3. Los datos del padrón como acreditación de la permanencia en territorio español: su incidencia en los mecanismos de regularización

En general, los datos contenidos en el padrón gozan de lo que se ha denominado una presunción *juris tantum* de exactitud.²⁹ En realidad, se trata de un registro público cuyos datos pueden acreditarse a través de las correspondientes certificaciones que como documentos públicos dan fe, salvo prueba en contrario.

Por lo que respecta a los datos que el padrón contiene sobre extranjeros, la LBRL establece que la inscripción en el padrón no constituirá prueba de su residencia legal en España. Ahora bien, cuestión distinta es que dicha inscripción pueda servir como una de las formas de acreditación de la permanencia del extranjero durante un determinado período en territorio español. Este extremo no es irrelevante por cuanto con dicha acreditación podrá, en determinados casos, accederse a la regularización de su situación.³⁰

En la redacción originaria de la LODYLE (Ley orgánica 4/2000) se preveía, en el artículo 29.3, un mecanismo extraordinario de regularización en que se exigía: a) una estancia ininterrumpida de dos años; b) el estar empa-

dronado en un municipio en el momento de realizar la solicitud, y c) el disponer de medios económicos para atender a su subsistencia. Con la redacción vigente de la LODYLE (Ley orgánica 8/2000) se elimina la exigencia de estar empadronado, si bien en el artículo 31.3 se endurece considerablemente el período de estancia para acceder a la residencia (un mínimo de cinco años). La exigencia del padrón será, por tanto, un medio de prueba más y no un requisito *sine qua non* para acceder a esta vía de regularización.

El artículo 31.4 de la LODYLE también prevé otra vía para acceder a la regularización de los extranjeros en la que encontramos el "arraigo". Se trata de un concepto jurídico indeterminado que adquiere un papel esencial para determinar la situación jurídica del extranjero. Parece que el empadronamiento del extranjero está llamado a constituir un elemento importante para determinar si se da realmente esta situación de arraigo.³¹ No obstante, el RELODYLE, al desarrollar este precepto legal, señala en el artículo 41.2.d) que podrán acceder al permiso de residencia: "Aquéllos que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años y en los que concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles."

Además de los datos que se desprenden estrictamente del padrón municipal, la Administración municipal también dispondrá de una información relevante a los efectos de acreditar la situación de arraigo de un extranjero. En este sentido, cabe advertir que los diversos servicios municipales pueden disponer de información relevante que permita probar la estrecha vinculación del extranjero con el municipio. Servicios municipales a los que, recordemos, el extranjero accede a través de su inscripción en el padrón municipal.

29. La jurisprudencia ha señalado que esta presunción de exactitud prevalece incluso respecto a otros elementos probatorios, como puede ser un informe de la policía local. En esta línea *vid.* la importante STSJ 790/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 15 de julio (RJCA 1999\3725): "Tales certificaciones, a las que la demandada pretende quitar toda eficacia, tienen precisamente la que les viene atribuida por el artículo 62, párrafos 1 y 2, del Real decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, a cuyo tenor el padrón municipal, en cuanto relación de los residentes y transeúntes inscritos en el término municipal, es un documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos, constituyendo sus datos prueba plena de la residencia, datos que se acreditan, precisamente, por medio de las certificaciones de que se trata. De manera que, acreditado que el actor figuraba inscrito en él ya en la fecha del requerimiento de descalificación y durante todo el período de duración del expediente sancionador, y no constando que su esposa y sus hijos estuviesen en situación distinta, ha quedado plenamente desvirtuada la presunción de que goza el informe de la policía municipal, sin que las sospechas a que puedan conducir el resto de los documentos obrantes en autos sean suficientes como para la destrucción de la razonable duda que ampara en todo caso los intereses de la parte actora."

30. Así, el Ararteko, en el informe específico que realiza en 1997 sobre "El acceso de los extranjeros a los padrones municipales", señala: "El empadronamiento serviría para justificar una residencia en España en cualquier hipotético procedimiento global de regularización o en el curso de un procedimiento administrativo regularizador singular por vía de la exención de visado o del reagrupamiento familiar, como un medio excelente de acreditación de arraigo en la sociedad de acogida. Todo ello, sin perjuicio de las prestaciones sociales para las que el empadronamiento pueda ser un requisito esencial."

31. Según E. Sagarra Trias: "El 13 de junio de 2001 se dictaron por el Ministerio del Interior unos criterios generales sobre acreditación de arraigo en España en aplicación de la regularización de 2001 mientras no se dictara el reglamento, y en el mismo señalaba como primer requisito, además de hallarse en España antes del 23 de enero del 2001, el certificado de empadronamiento de los interesados. En el reglamento de 2001 no hemos encontrado la norma que pueda emparejarse a esta disposición, si bien el espíritu y, como prueba de su estancia real en España, subyace en todo el real decreto." *Vid.* de este autor *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona: Ed. Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2002, p. 173.

Pensemos en supuestos como, entre otros, los servicios sociales, la guardia urbana, la educación o el suministro de agua.³²

3. Las competencias locales con relación a la inmigración: una panorámica general

3.1. El régimen jurídico de determinación de las competencias municipales en materia de inmigración

Puede decirse que hasta la aprobación de la LODYLE las competencias en materia de inmigración se contemplaban desde un punto de vista normativo como una cuestión que, fundamentalmente, correspondía al Estado al amparo del artículo 149.1.2 de la CE.³³ La razón de la centralidad de este título competencial estriba en que hasta el momento la legislación vigente tenía una consideración fundamentalmente policial, cuyo objetivo fundamental era el control de flujos migratorios,³⁴ así como por el hecho de que la inmigración se asociara a la noción de soberanía del Estado. El salto cualitativo que ofrece la LODYLE es el poner de relieve que para alcanzar la integración social de los inmigrantes resulta necesario llevar a cabo una serie de políticas públicas en ámbitos en que tradicionalmente tanto las comunidades autónomas como los entes locales han tenido un papel significativo.

De la LODYLE pueden, por tanto, diferenciarse dos ámbitos diversos de actuaciones en materia de extranjería e inmigración. El primero de estos ámbitos estaría integrado por un núcleo duro de la materia por el que continúan reservándose al Estado aquellos temas relacionados con el control de flujos de los inmigrantes.³⁵ Pero también se admite la existencia de un segundo ámbito donde las comunidades autónomas y los entes locales tienen un núcleo importante de competencias: la integración social del inmigrante que la LODYLE identifica con las políticas sociales que afectan a los dere-

chos sociales de los inmigrantes, como son básicamente la educación, la sanidad, la vivienda y los servicios sociales.

Como es sabido, el régimen de competencias locales viene determinado por una cláusula general de competencia, competencias propias, competencias delegadas, actividades complementarias y gestión ordinaria de competencias de otras administraciones, cuyas líneas fundamentales define la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, modificada por la Ley 4/1996, de 10 de febrero (LBRL).

La integración social de los inmigrantes puede situarse dentro de los intereses propios, para cuya gestión el municipio, de acuerdo con la cláusula general del artículo 25.1 de la LBRL, "puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad vecinal".³⁶ En efecto, la adecuada convivencia de la población que efectivamente habita en el término municipal, de tal forma que se asegure una cohesión social entre población autóctona e inmigrante, requiere que se dote a los entes locales de las competencias. La doctrina ha venido reconociendo últimamente a esta cláusula general su indudable carácter de norma atributiva de competencias,³⁷ como un concepto jurídico indeterminado en cuya determinación ha de tenerse la capacidad de gestión del municipio,³⁸ señalándose que estábamos ante una presunción de competencia a favor del municipio.³⁹

Por lo que se refiere a la concreción de las competencias propias, cabe acudir al artículo 25 de la LBRL, según el cual: "El municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias: a) seguridad en los lugares públicos [...]; d) [...] promoción y gestión de viviendas [...]; h) protección de la salubridad pública; i) participación en la gestión primaria de la salud; j) cementerios y servicios funerarios; k) presta-

32. Vid. MIR I BAGÓ, J., "Municipios e inmigración. Los ayuntamientos ante la nueva Ley de extranjería...", *op. cit.*

33. Según E. Aja Fernández: "[...] ha sido sobre todo la nueva Ley orgánica 4/2000 de los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (LODYLE) la norma que ha puesto definitivamente de relieve las importantes tareas que corresponden a las comunidades autónomas (y a los municipios) en el ámbito de la inmigración, al prever más o menos explícitamente su intervención en la educación, la sanidad, la asistencia social, la vivienda... y darle, además, entrada directa en un nuevo órgano de participación y de coordinación, el Consejo Superior de Política de la Inmigración." Vid. de este autor "Las funciones de las comunidades autónomas en el ámbito de la inmigración", en TORNOS MAS, J. (ed.), *Informe comunidades autónomas 1999*, Barcelona: Ed. Instituto de Derecho Público, 2000, pp. 724-725.

34. Es cierto que el preámbulo de la Ley orgánica 7/1985 aludía a la integración social de los inmigrantes, si bien la estructura de la ley era fundamentalmente de contenido policial.

35. Con todo, debe pensarse que la primera forma de integración de los inmigrantes también resulta de acceder a su regularización en el marco de lo dispuesto por la legislación vigente. Se plantea, por tanto, si las comunidades autónomas o los entes locales pueden participar en el ejercicio de las

competencias en materia de control de flujos migratorios dada la gran repercusión que tienen éstas para las competencias sobre integración social de los inmigrantes.

36. Sobre el alcance de esta cláusula, vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., "La cláusula general de competencia municipal", en FONT I LLOVET, T. (ed.), *Anuario del Gobierno Local 1999/2000*, Madrid-Barcelona: Diputación de Barcelona, Marcial Pons, Institut de Dret Públic, 2000, pp. 37-60.

37. Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., "La cláusula general de competencia municipal...", *op. cit.*, p. 55.

38. Vid. FONT I LLOVET, T., "La nueva posición constitucional de la Administración local en la evolución del Estado de las autonomías", en AA.VV., *Informe sobre comunidades autónomas 1998*, Barcelona: Ed. Instituto de Derecho Público, 1999, p. 561.

39. Vid. FANLO LORAS, A., *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 297; MIR I BAGÓ, J., "Las competencias de los entes locales", en AA.VV., *La posición institucional de la Administración local ante el siglo XXI*, Oñate: Ed. IVAP, 1998, p. 260; SOSA WAGNER, F., *Manual de derecho local...*, *op. cit.*, pp. 60-61; BARNÉS VÁZQUEZ, J., "Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución", p. 95.

ción de los servicios sociales y de promoción y reinserción social [...]; m) actividades e instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre [...]; n) participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, la construcción y el sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria." Todas estas competencias municipales tienen una especial relevancia para atender adecuadamente el fenómeno de la inmigración.

El legislador básico estatal no define las materias anteriores sino que se limita a enumerarlas. Ello es debido a que la mayoría de estas materias están sometidas a un régimen de competencias concurrentes entre Estado y comunidades autónomas. Por tanto, a través de las leyes sectoriales, se determinará el alcance de las competencias municipales que se establecen en los artículos 25, 26 y 86 de la LBRL.⁴⁰ Ahora bien, esta remisión al legislador estatal o autonómico, según proceda, no puede ser ilimitada por cuanto tiene como límite insoslayable la existencia de un reducto indisponible, formado por la gestión de los intereses propios locales, según prevé el artículo 137 de la CE, en cuanto prevé la garantía institucional de la autonomía local,⁴¹ y el artículo 2 de la LBRL.

Además de las competencias propias de los municipios, el artículo 27 de la LBRL prevé que la Administración del Estado, de las comunidades autónomas y de otras entidades locales podrán delegar en los municipios el ejercicio de competencias en materias que afecten a sus intereses propios, siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana. La Administración que delega se reserva poderes de dirección y control sobre los servicios delegados, así como de obtención de información. En cualquier caso, para la efectividad de la delegación será necesaria la aceptación por el municipio interesado, y en su caso previa consulta e informe de la comunidad autónoma, salvo que por ley se impongan obligatoriamente.

3.2. Las competencias municipales en la legislación sectorial estatal y autonómica: panorámica general

A continuación procederemos a realizar una breve panorámica sobre la significación y el alcance de las

principales competencias de las entidades locales que tienen una singular incidencia en el ámbito de la integración social de los inmigrantes. Dicha panorámica será completada con un examen específico de las competencias de los entes locales en materia de servicios sociales por la trascendencia que tienen los mismos con relación a la inmigración.

3.2.1. Seguridad pública: los criterios para la actuación de las policías locales con relación a los inmigrantes

El modelo policial definido por la CE y la Ley orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad (LOFCS), se concibe como un servicio público esencial para la comunidad. Ahora bien, como es sabido, la competencia exclusiva del Estado en esta materia no es obstáculo para que en su ejecución o materialización participen tanto las comunidades autónomas como los entes locales (artículos 148.1.22 y 149.1.29 de la CE), a través de la creación de policías autonómicas y locales. En cualquier caso, todos los cuerpos policiales tienen encomendada la misma función básica definida por el artículo 104 de la CE: "Proteger el libre ejercicio de los derechos y las libertades y garantizar la seguridad ciudadana."⁴²

Al regular las competencias de las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado, la LOFCS establece que corresponde al Cuerpo Nacional de Policía con carácter exclusivo en todo el territorio español: "El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros" y "Las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración". En cambio, en el listado de funciones que la LOFCS señala respecto a las policías locales no encontramos ninguna previsión específica relativa a la extranjería y la inmigración. Ello comporta que la realización de controles, aunque tengan una habilitación y una cobertura genérica en la Ley orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana (LOSC), no podrán fundamentarse en la infracción de la legislación de extranjería, sino sólo en la infracción de bienes jurídicos en el ámbito competencial de los entes locales.⁴³ Así, pensemos en las habilitaciones que la LOSC tiene en actuaciones que inciden claramente en las libertades de los ciudadanos extranjeros como la identificación de personas y otras actuaciones policiales restrictivas de la libertad individual (parada y cacheo, registro personal, restricción y limitaciones temporales de la

40. Vid. PAREJA I LOZANO, C.; SEGURA LÓPEZ, G., *Las competencias municipales en la legislación sectorial del Estado y de la comunidad autónoma de Cataluña*, Barcelona: Diputación de Barcelona, 1992.

41. Así, por ejemplo, L. Ortega Álvarez señala que: "No existe en el artículo 137 de la CE una remisión al legislador para que sea éste el que delimite libremente el ámbito al que se extiende la gestión autónoma de los intereses locales. El hecho de que no exista un listado competencial en el texto constitucional, no impide que juegue, antes que la voluntad del legislador, el efecto de esta cláusula general constitucional de atribución a favor del poder local." Vid. de este autor "Las competencias como paradigma de la auto-

mía local", en *Justicia administrativa. Revista de derecho administrativo*, número extraordinario 2000, "La reforma del régimen local", p. 39.

42. En relación con los límites y las habilitaciones de la policía de seguridad pueden consultarse, entre otros, los trabajos de BARCELONA LLOP, J., *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Oñate: Ed. HAEE/IVAP, 1988; PAREJO ALFONSO, L.; DROMI, R., *Seguridad pública y derecho administrativo*, Buenos Aires-Madrid: Ed. Ciudad Argentina y Marcial Pons, 2001.

43. En este sentido, vid. MIR I BAGÓ, J., *La legislació d'extranjería i l'Administració local*, Barcelona: Ed. CRID y Diputación de Barcelona, 2001, p. 73.

circulación y de la permanencia en vías o lugares públicos, etcétera).

Los ciudadanos extranjeros que se encuentren en territorio español deberán estar provistos de la documentación suficiente que acredite su identidad y encontrarse legalmente en territorio español, no pudiendo ser privados de su documentación sino en los mismos supuestos que los previstos para el documento nacional de identidad (artículo 11 de la LOSC y artículo 4 de la LODYLE). Los requerimientos de identificación deberán basarse en la apreciación o al menos la sospecha racional de un riesgo o un peligro para la seguridad y el orden público que las justifique. La no-concurrencia de este requisito comportará que el requerimiento y la práctica de la identificación son ilegales. El problema que se plantea es la ausencia de un control externo sobre este tipo de identificaciones, a no ser que medie la denuncia del interesado. Sí que existe un control de esta actuación cuando la persona no ha logrado ser identificada y se la insta a acompañar a los agentes de policía a las dependencias policiales más próximas, al hacerse constar en un libro-registro que está a disposición del ministerio fiscal y de la autoridad judicial competente.

Por otra parte, hay que señalar que las policías locales tienen una serie de competencias en materia de policía de seguridad, que son relevantes a nuestros efectos, tal como se deriva del artículo 25.2 de la LBRL y del 53.1 de la LOFCS.⁴⁴ También, cabe destacar la importancia que la cláusula antidiscriminatoria del artículo 23 de la LODYLE tiene en el ámbito de la seguridad pública. Así, las policías locales, como el resto de las fuerzas y los cuerpos de seguridad, deben velar dentro de su ámbito competencial para evitar la realización de actos discriminatorios que se realicen contra inmigrantes, por ejemplo en locales de espectáculos públicos o en otro tipo de establecimientos.

En cualquier caso, para una adecuada prestación del servicio de policía en el ámbito local respecto a los inmigrantes resulta necesario establecer cauces de comunicación entre los cuerpos policiales y las comunidades étnicas y culturales para evitar recelos y desconfianzas mutuas.⁴⁵ También resultaría necesario realizar progra-

mas de formación de las policías locales para conocer mejor la realidad multicultural existente en el municipio donde deben prestar su servicio. En este sentido, tiene interés el documento conocido como la *Carta de Rotterdam*.⁴⁶ Entre otros aspectos, la Carta pone de relieve el papel clave de la policía en su papel de guardián de la legislación antidiscriminación.

Por otra parte, cabe señalar también que entre las funciones que la LOFCS [artículo 53.1.d)] encomienda a las entidades locales debe destacarse la de "policía administrativa, en lo relativo a las ordenanzas, bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia". Por tanto, dentro del ámbito competencial definido en el artículo 25 de la LBRL y en la legislación sectorial correspondiente, la policía local deberá ejercer el control sobre el cumplimiento de esta normativa en su función esencial de policía administrativa. De esta forma, la policía local deberá comprobar que se cumple la legalidad vigente en materias como el urbanismo, la vivienda, la sanidad y la salubridad, la educación y los servicios sociales. Así, por ejemplo, la vigilancia de la escolaridad de los menores extranjeros o la verificación del cumplimiento de las condiciones de salubridad de las viviendas.

3.2.2. Urbanismo: la distribución de la inmigración en el territorio, la rehabilitación de barrios degradados y la creación de espacios de encuentro que faciliten la integración social de los inmigrantes

El diseño del espacio y el territorio tiene una especial trascendencia en el ámbito de la inmigración.⁴⁷ Debido a su desconocimiento del idioma y a sus escasos recursos, los recién llegados tienden a agruparse en barrios o zonas, los guetos urbanos, que por su bajo precio acostumbra a estar degradados y que experimentan a su vez un paulatino proceso de abandono por parte de la población autóctona. En estos casos, los municipios disponen de importantes competencias en materia de planificación, gestión, ejecución y disciplina urbanística para conseguir un adecuado reequilibrio de la población en su término municipal.

44. Una exposición de las mismas puede verse en DIEZ-PICAZO, L. M., "Policía local", en MUÑOZ MACHADO, S. (ed.), *Tratado de derecho municipal*, vol. II, Madrid: Ed. Civitas, 1988, en especial pp. 1453-1457.

45. Sobre la necesidad de establecer estos cauces de comunicación, así como la adopción de otro tipo de medidas, puede consultarse YAMBÁ JORA, I., "Policía de servei a la comunitat. Treball conjunt entre la policia i els immigrants", en AA.VV., *Policia catalana i multiculturalitat*, Barcelona: Ed. Centre Unesco de Catalunya, 2000, pp. 26-27.

46. El texto de la Carta de Rotterdam puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: www.rotterdamcharter.nl/charter/spaans/index.html. Este documento parte de una iniciativa de la policía de Rotterdam-Rijnmond, el Ayuntamiento de Rotterdam y RADAR –la organización antidiscriminación de Rotterdam. De esta forma se celebró una conferencia de trabajo sobre

"Una policía para una sociedad multiétnica: principios, práctica, asociaciones" en Rotterdam, del 30 de mayo al 1 de junio de 1996. Asistieron a la conferencia más de 120 delegados, en representación de 17 países. La conferencia tenía tres objetivos: compartir experiencias para divulgar los proyectos logrados, constituir una red internacional de expertos en este campo y elaborar una "carta" de principios y pautas prácticas para su promoción en toda Europa.

47. Para el estudio de este tema es fundamental el trabajo de PONCE I SOLÉ, J., *Poder local y guetos urbanos. Las relaciones entre el derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, Madrid: Ed. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals e Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.

De esta forma, los municipios, a través de los planes de urbanismo, pueden poner en el mercado más o menos suelo edificable, obtener suelo público para facilitar las promociones de vivienda subvencionada, así como definir modelos determinados de desarrollo urbano.⁴⁸ Por ello, resulta necesario que en el momento de elaborar los planes de urbanismo tengan a su disposición los datos estadísticos sobre la población inmigrante que vive efectivamente en su término municipal y en qué zonas se concentra, datos que puede proporcionar el padrón municipal, según veíamos anteriormente.

En la legislación autonómica, comienzan a vislumbrarse algunos criterios que deberán tener en cuenta los entes locales en el ejercicio de la potestad de planeamiento. Así, por ejemplo, la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, cuando define el concepto de “desarrollo urbanístico sostenible”. Para esta ley, “considerando que el suelo es un recurso limitado, comporta también la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión en el territorio, favorezcan la cohesión social, consideren la rehabilitación y la renovación del suelo urbano, atiendan la preservación y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente”.⁴⁹ También puede destacarse la Ley castellano-leonesa, que en su artículo 4.b) señala como uno de los objetivos de la actividad urbanística: “Establecer una ordenación urbanística para los municipios de Castilla y León que favorezca su desarrollo equilibrado y sostenible, la calidad de vida, la cohesión social de la población, la protección del medio ambiente y del patrimonio natural y cultural, y especialmente de la consecución del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna.”

Otra cuestión relevante desde el punto de vista de las competencias urbanísticas es la determinación del espacio destinado a lugares de culto entre la población inmigrante. Este tipo de establecimientos suele ser de dos tipos: unos más estables, con instalaciones adecuadas para la oración y que también tienen oficinas, y otros más inestables, generalmente en pisos o garajes que se habilitan para la plegaria.⁵⁰ Además de constituir espacios de culto, también son, en gran medida, un espacio de encuentro entre los inmigrantes que practican la misma religión. En los últimos años se han planteado en diversos municipios una serie de protestas de la población autóctona por la ubicación de determinados espacios que comunidades de inmigrantes, especialmente de confesión islámica, han dedicado al culto de sus religiones.⁵¹ Estas situaciones se han suscitado especialmente en alguna comunidad autónoma, donde el número de lugares de culto de otras religiones es superior al de otras zonas del Estado.⁵² En cualquier caso, ello obliga a realizar una reflexión sobre las posibles soluciones que pueden darse desde el punto de vista jurídico y que en un futuro más o menos inmediato pueden afectar a municipios de otras comunidades autónomas.

La discrecionalidad de la Administración al establecer la posible ubicación de los lugares de culto tendrá como límite la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, la cual no tiene más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (artículo 16 de la CE). Cabe señalar también que el Estado español ha suscrito diversos acuerdos con confesiones religiosas, ratificados por ley, que establecen determinadas previsiones relacionadas con los lugares de culto, como es con la Federación de Entidades

48. En este sentido, vid. MIR I BAGÓ, J., *La legislació d'estrangeria i l'administració local...*, op. cit., p. 110.

49. El preámbulo de esta ley pone de manifiesto cómo “esta ley, mediante todos los elementos expuestos, quiere crear un marco de concertación”.

50. Refiriéndose específicamente al caso de la religión islámica, vid. CRESPO UBERO, R., “Cultura de origen y cultura de migración”, en AA.VV., *II Informe sobre inmigración y trabajo social*, Barcelona: Diputación de Barcelona, Área de Servicios Sociales, 1997, en especial pp. 53-54.

51. Podemos citar las siguientes noticias de prensa, aparecidas en el diario *La Vanguardia*:

–“Mataró llega a un acuerdo para que las comunidades islámicas tengan mezquita” (24/07/2002).

–“Premià y la comunidad musulmana firman el acuerdo que cierra la crisis de la mezquita” (06/09/2002).

–“Reus. La mezquita de la discordia. El Ayuntamiento de Reus y la comunidad islámica buscan una salida contra reloj a la crisis” (11/11/2002).

–“Queja vecinal en Lleida por los rezos del Ramadán en una mezquita” (12/11/2002).

–“Reus. Pérez dice que no es trabajo del Consistorio buscar un nuevo local para la mezquita” (12/11/2002).

–“Paran la construcción de una mezquita en Badalona ante la protesta vecinal. Los musulmanes de la ciudad no quieren problemas con los vecinos y continuarán rezando en un local que tienen alquilado.”

–“La presión vecinal paraliza una mezquita en Badalona” (13/11/2002).

–“Reus. El ayuntamiento amenaza ahora con precintar la mezquita” (06/12/2002).

–“Reus. Acuerdo para trasladar la mezquita a un polígono industrial” (11/01/2003).

–“Reus. Cuarenta propietarios del polígono DYNA, contra la mezquita” (20/01/2003).

–“Reus. El consistorio apela a la responsabilidad en el tema de la mezquita” (22/01/2003).

52. Según cifras de *La Razón Digital* del martes 12 de noviembre de 2002: “Una de cada tres mezquitas españolas está en Cataluña.” En la noticia de prensa se señala que: “Cataluña cuenta con 140 mezquitas, lo que representa un tercio de las existentes en España, según ha asegurado hoy el antropólogo Jordi Moreras, jefe de estudios del área de confesiones no cristianas de la Secretaría de Asuntos Religiosos de la Generalitat. Moreras, que ha participado en el curso Islam e inmigración, de la Universidad Menéndez Pelayo, ha precisado que en Cataluña sólo existen oratorios habilitados en edificios ya existentes, y ninguna mezquita propiamente dicha, es decir, construida de nueva planta y con las características arquitectónicas de los templos islámicos. Según los datos de la Generalitat, en Cataluña están registradas entre 135 y 140 mezquitas, mientras que en toda España, el número de total de éstas se sitúa entre 350 y 450.”

Evangélicas de España,⁵³ la Federación de Comunidades Israelitas de España⁵⁴ y la Comisión Islámica de España.⁵⁵ Estos acuerdos establecen un régimen jurídico especial en cuanto a estos lugares de culto porque gozan de inviolabilidad y se establecen determinadas previsiones en el caso de que quieran ser objeto de expropiación o bien de demolición, estableciéndose en estos casos la necesidad de ser privados previamente de su carácter religioso y, en algunos de estos acuerdos, se establecen causas tasadas como es la urgencia o el peligro para proceder a su derribo.

En cualquier caso, parece que sería conveniente una normativa específica de usos de los lugares de culto en la que su ubicación se realizara a través de la fijación de algún tipo de criterios, siempre de acuerdo con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad que han de guiar la actuación de la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales.

En este sentido, es importante la definición en los planes municipales de la inmigración de este tipo de criterios. Un ejemplo relevante lo encontramos en el Plan Municipal de Inmigración del Ayuntamiento de Barcelona, de diciembre de 2002, que prevé específicamente que: “Los centros religiosos, en tanto que equipamientos comunitarios, han de ser incluidos en las previsiones urbanísticas en proporción a su arraigo social y aplicándose criterios de proximidad, accesibilidad y conviven-

cia ciudadana.” Cabe señalar también que el artículo tercero de la Carta Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos en la Ciudad, elaborada en Saint-Denis el 18 de mayo de 2001, señala precisamente que: “La libertad de conciencia y de religión individual y colectiva queda garantizada por las autoridades municipales a todos los ciudadanos y las ciudadanas. Dentro de los límites de su legislación nacional, *las autoridades municipales ejecutan todo lo necesario para asegurar dicho derecho velando por evitar la creación de guetos.*”

En cualquier caso, el control municipal sobre los edificios de culto se ciñe a verificar que el local se ajusta a las exigencias de las normas y los planes urbanísticos, como veremos más adelante en relación con los requisitos de salubridad. No podrá, en cambio, exigirse una licencia de actividad para su apertura, ya que ello sería contrario al ejercicio de la libertad religiosa y de culto que garantiza el artículo 16 de la CE.

3.2.3. Vivienda: la actividad de fomento para acceder a una vivienda digna

Una dicción literal del artículo 47 de la CE parece reservar a los españoles el disfrute de una vivienda digna y adecuada.⁵⁶ Este artículo también prevé un mandato dirigido a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias y establecer las normas efectivas para hacer efectivo este derecho. La extensión de este

53. Conforme al Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (aprobado por la Ley 24/1992, de 10 de noviembre; BOE de 12 de noviembre): artículo 2: “1. A todos los efectos, son lugares de culto de las Iglesias pertenecientes a la FERED, los edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto o asistencia religiosa, cuando así se certifique por la Iglesia respectiva con la conformidad de la Comisión Permanente de la FERED. 2. Los lugares de culto de las iglesias pertenecientes a la FERED gozan de inviolabilidad en los términos establecidos en las leyes. 3. En caso de expropiación forzosa, deberá ser oída previamente la Comisión Permanente de la FERED, salvo razones de urgencia, seguridad y defensa nacionales o graves de orden o seguridad públicos. 4. Los lugares de culto de las iglesias pertenecientes a la FERED no podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter religioso, con excepción de los casos previstos en las leyes, por razón de urgencia o peligro.”

54. Según el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Comunidades Israelitas de España (aprobado por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre; BOE de 12 de noviembre): “1. A todos los efectos legales, son lugares de culto de las comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España los edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto, formación o asistencia religiosa, cuando así se certifique por la comunidad respectiva con la conformidad de la Secretaría General de la FCI. 2. Los lugares de culto de las comunidades pertenecientes a la FCI gozan de inviolabilidad en los términos establecidos en las leyes. 3. En caso de expropiación forzosa, deberá ser oída previamente la Secretaría General de la FCI. 4. Los lugares de culto de las comunidades pertenecientes a la FCI no podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado, con excepción de los casos previstos en las leyes por razón de urgencia o peligro. 5. Los lugares de culto podrán ser objeto de anotación en el Registro de Entidades Religiosas [...]”

55. Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España (aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre; BOE de 12 de noviembre): “1. A todos los efectos legales, son mezquitas o lugares de culto de las comunidades islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de

España, los edificios o los locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, la formación o la asistencia religiosa islámica, cuando así se certifique por la comunidad respectiva, con la conformidad de dicha Comisión. 2. Los lugares de culto de las comunidades islámicas miembros de la Comisión Islámica de España gozan de inviolabilidad en los términos establecidos por las leyes. En caso de expropiación forzosa, deberá ser oída previamente la Comisión Islámica de España, y no podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado, con excepción de los casos provistos en las leyes, por razones de urgencia o peligro. También quedarán exceptuados de la ocupación temporal y la imposición de servidumbres en los términos previstos en el artículo 119 de la Ley de expropiación forzosa [...]”

56. Para M. Aznar López: “El derecho a la vivienda, conforme a la literalidad del artículo 47 de la Constitución española (‘Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada’), pertenece, en principio, a los españoles. Se ha señalado en tal sentido que se trata de un derecho tácitamente excluido del goce por los extranjeros, si bien sería lícita su atribución extraconstitucional a los mismos.” Si bien señala más adelante que “[...] las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales podrían constituir un elemento de apoyo para sostener la aplicación del principio de no discriminación por su origen nacional a los residentes en España, aunque es bien cierto que del artículo 47 de la Constitución no se deriva el derecho subjetivo a una vivienda, ni siquiera a favor de los españoles”. *Vid.* de este autor “Los derechos sociales de los extranjeros en España” en AA.VV., *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Ed. Escuela Judicial, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, pp. 158-159. En cambio, para J. Ponce Solé: “[...] sería conveniente la interpretación sistemática del artículo 47 de la CE en este punto, entendiendo que su conexión con otros derechos constitucionales, entre ellos el artículo 10 de la CE –pues el derecho a la ciudad conecta sin duda con la dignidad y el libre desarrollo de toda persona–, y el juego de diversos convenios internacionales permiten entender que el derecho a la ciudad *es un derecho de todas las personas*. De igual modo, esa interpretación debería condicionar la que se efectúe del artículo 13 de la Ley orgánica 4/2000 [...]”. *Vid.* de este autor *Poder local y guetos urbanos...*, *op. cit.*, p. 113.

derecho a los ciudadanos extranjeros será, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la CE, de acuerdo con lo que establezcan los tratados y la ley, de acuerdo con las consideraciones que, en general, realizábamos anteriormente.

La LODYLE establece que los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. El Estado interviene en esta materia en base tanto al título competencial en materia de inmigración y extranjería (artículo 149.1.2) como “las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica” (artículo 149.1.13 de la CE). En este sentido, la STC 152/1988, de 20 de julio, ha reconocido al Estado la capacidad para actuar en este ámbito a través de medidas de fomento como son los planes plurianuales de vivienda, dada su naturaleza y sus repercusiones económicas. Así, el Gobierno central aprobó el Real decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005. No obstante, el Estado carece de la posibilidad de llevar a cabo el cumplimiento de sus planes de vivienda de forma autónoma. En efecto, son las comunidades autónomas las que ostentan, en principio, las competencias en materia de vivienda y las que disponen de los instrumentos para, sea actuando directamente, sea mediante su contacto inmediato con los ciudadanos, llevar a efecto las políticas de vivienda. Por ello, la materialización de las previsiones de los planes de vivienda requiere la plasmación de convenios con las comunidades autónomas.

Una problemática específica se plantea con relación al alojamiento de temporeros que acuden a las diversas campañas como es, por ejemplo, la fresa en Huelva, el espárrago en Navarra o la manzana en Lleida, tal y como vimos en la primera parte de este estudio que se publicó en el número 0 de esta revista. En este sentido, podemos destacar que entre las medidas, adoptadas en este ámbito, el Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó el Decreto 2/2001, de 9 de enero, por el que se prevé la construcción de viviendas y alojamientos para trabajadores temporeros. Cabe señalar que el papel de los entes locales en procurar este tipo de alojamientos ha sido destacado por el Decreto catalán 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y de su integración social en Cataluña. En efecto, en su artículo 9.3 se dispone que las administraciones públicas de Cataluña y, en especial, los ayuntamientos y los consejos comarcales competentes en materia de asistencia social primaria han de velar para que los trabajadores temporeros con permiso de trabajo sean alojados en condiciones de higiene y dig-

nidad adecuadas, y han de promover la asistencia de los servicios sociales adecuados para garantizar su atención social durante la temporada o la campaña. Nótese que, en este caso, el título competencial invocado no es tanto el de vivienda sino el de servicios sociales de atención primaria. Título que, a diferencia de la vivienda, y tal como veremos más adelante, no se limita a los trabajadores con permiso de trabajo, sino que se extiende a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa.

Los entes locales se mueven, por tanto, en este ámbito tanto en el marco de las normas y los planes estatales como en el marco delimitado por las comunidades autónomas.⁵⁷ Así, la actuación de fomento de los entes locales se concreta básicamente desde dos tipos de actuaciones: la promoción de vivienda social y la rehabilitación de viviendas. Por lo que se refiere al primer tipo de actuaciones, los entes locales realizan una promoción pública, con carácter voluntario, a través de la aportación de solares. Corresponde, en cambio, a la Administración del Estado la financiación y el régimen general de las actuaciones, mientras que a la Administración autonómica, la gestión de las ayudas y las promociones públicas. Por lo que respecta al segundo tipo de actuaciones, los entes locales colaboran con las administraciones autonómicas en la gestión de las ayudas, cuya financiación y régimen general de actuaciones corresponde a la Administración del Estado.

También cabe hablar del importante papel que pueden desempeñar las entidades locales como intermediadores entre propietario y el inmigrante que quiere alquilar la vivienda. Esta intermediación puede concretarse a través de avales o garantías que puedan darse a los propietarios para vencer su reticencia a alquilar las viviendas a los inmigrantes. A través de la intermediación también puede conseguirse que el extranjero formalice una serie de compromisos a efectos de un adecuado uso de la vivienda.

3.2.4. Protección de la salubridad pública: el control sanitario de edificios y lugares de vivienda

El alto coste de las viviendas, especialmente en las ciudades, así como la desconfianza de los arrendadores, provoca el hacinamiento de los extranjeros inmigrantes en pisos e incluso en locales de negocio, normalmente en barrios en proceso de degradación que son abandonados por la población autóctona. Esta problemática queda reflejada en los informes de los *ombudsmen* autonómicos, tal y como tuve ocasión de exponer en el número 0 de esta revista. Ello plantea en qué medida los ayuntamientos tienen competencias para regular e

57. Así, por ejemplo, el artículo 2.3 del Decreto cántabro 53/2002, de 16 mayo, de ayudas para el alquiler de vivienda habitual (BOC de 11 de junio de 2002): “Pueden también ser beneficiarios las personas físicas que viviendo

solos se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: [...] b) Inmigrantes extranjeros con residencia legal en la comunidad autónoma de Cantabria con expectativas de reagrupación familiar.”

intervenir en este ámbito.

Las competencias en el ámbito sanitario acostumbran a ser una competencia fundamentalmente estatal y autonómica. El artículo 25.2.h) de la LBRL señala que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y las comunidades autónomas en materia de "protección de la salubridad pública". Específicamente, la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, regula las competencias de las corporaciones locales, estableciendo unas responsabilidades mínimas con relación al obligado cumplimiento de las normas y los planes sanitarios.⁵⁸

Según hemos visto anteriormente, los ayuntamientos no podrán denegar la inscripción en el padrón municipal, de acuerdo con las condiciones de salubridad de la vivienda. La razón de ello es que deberán exigir que la vivienda reúna las condiciones de salubridad exigible a través del ejercicio de las potestades que le otorga el ordenamiento jurídico. En esta línea, los ayuntamientos tienen potestades para el control y la inspección de las viviendas a fin de verificar que reúnen las condiciones de salubridad exigibles. El problema que se plantea en estos casos será que las viviendas entrarán normalmente dentro del concepto constitucional de domicilio y, por tanto, ante la negativa de los ocupantes a aceptar la entrada de los inspectores deberá obtenerse la correspondiente orden judicial.

Ante el problema de la ocupación excesiva de las viviendas por los inmigrantes, alguna administración autonómica ha anunciado la regulación mediante decreto del número máximo de inquilinos de un piso.⁵⁹ Correspondería, según esta propuesta, a la Administración local la inspección de los pisos para determinar cuándo existe una sobrecapacidad. En aquellos casos que se exceda del número de inquilinos permitidos, la administración autonómica podría suspender la cédula de habitabilidad.

Se plantea en qué medida puede regularse a través de un reglamento autonómico o una ordenanza local el número máximo de inquilinos de un piso o una vivienda.

58. Artículo 42: 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 con relación al 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-deportivas y de recreo. d) Control sanitario de la distribución y el suministro de alimentos, bebidas y demás pro-

Tradicionalmente, la salubridad, junto a la tranquilidad y la seguridad, formaban parte del concepto de orden público como fundamento de la policía administrativa. Ello se realizaba en un contexto en que la policía administrativa legitimaba un poder general implícito o derivado de la cláusula general de orden público para limitar o intervenir los derechos y las libertades de los ciudadanos. Así, era frecuente el recurso a las reglamentaciones o los reglamentos de policía administrativa. En la actualidad, sin embargo, las exigencias del Estado de derecho cuestionan estos poderes implícitos o basados en cláusulas generales. Es por ello que los reglamentos y las ordenanzas locales de policía sólo tienen una función secundaria y accidental, que de acuerdo con la STC 83/1984 es una función "claramente subordinada a la ley".

Ello no obsta a que la regulación de las condiciones de salubridad de una vivienda sea uno de los ámbitos más propicios para la regulación reglamentaria, por cuanto exigen siempre un grado de detalle y complejidad para el que la ley no es siempre el instrumento más idóneo. Si bien el artículo 47 de la CE, al hablar de la vivienda digna y adecuada, señala que los poderes públicos "establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho", también debe tenerse en cuenta la reserva de ley establecida en el artículo 43 en relación con los derechos y los deberes para la protección de la salud, así como el propio derecho a la propiedad privada del artículo 33. De esta forma, "la armonización entre la exigencia de reserva de ley y las características 'reglamentarias' de estas normas sólo es posible mediante la técnica de las cláusulas generales, en el bien entendido de que deben quedar reservados a la ley los aspectos básicos del procedimiento que permitan su promulgación y la participación en su elaboración de los sectores afectados, así como las reglas que aseguran la posición jurídica de los particulares ante las mismas".⁶⁰

Por tanto, si bien los reglamentos y las ordenanzas podrán regular los aspectos relativos a las condiciones de salubridad de las viviendas, llegando incluso a fijar un

ductos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte. e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria. 4. Para el desarrollo de las funciones relacionadas en el apartado anterior, los ayuntamientos deberán recabar el apoyo técnico del personal y medios de las áreas de salud en cuya demarcación estén comprendidos. 5. El personal sanitario de los servicios de salud de las comunidades autónomas que preste apoyo a los ayuntamientos en los asuntos relacionados en el apartado 3 tendrá la consideración, a estos solos efectos, de personal al servicio de los mismos, con sus obligadas consecuencias en cuanto a régimen de recursos y responsabilidad personales y patrimoniales.

59. Según el diario *La Vanguardia* de 11 de junio de 2002: "La Generalitat regulará por decreto el número máximo de inquilinos de un piso."

60. Vid. BAÑO LEÓN, J. M., "Los ámbitos del reglamento independiente", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Ed. Civitas, 1991. Sobre la remisión de las normas jurídicas a las normas técnicas es imprescindible el trabajo de ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el*

número máximo de inquilinos, ello habrá de realizarse en el marco de una norma con rango de ley que fije los aspectos básicos de la posición jurídica de los particulares, así como el procedimiento para la adopción de las normas técnicas.

La legislación estatal establece obligaciones generales a los propietarios y a los arrendadores con relación a la conservación y a la habitabilidad de la vivienda.⁶¹ Así, por ejemplo, los artículos 21 y 26 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, y el artículo 10 de la Ley 46/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. También hay que traer a colación el artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Según esta ley, los edificios deberán proyectarse, construirse y conservarse de tal forma que se satisfagan unos requisitos básicos que en relación con la habitabilidad serán “la higiene, la salud y la protección del medio ambiente de tal forma que se alcancen las condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos”.

La lógica de estas leyes está pensada más en las condiciones objetivas que debe reunir la vivienda, obligando al propietario bien a proceder a la rehabilitación o bien a que en la construcción de nueva planta se sigan determinados requisitos, más que en su ocupación por un número determinado de personas. Por esta razón, sería conveniente que el legislador estableciera una habilitación expresa al reglamento o la ordenanza municipal para que estableciera de acuerdo con el tipo de vivienda el número máximo de ocupantes, al mismo tiempo que estableciera el tipo de medidas que pudiera realizar en estos casos. Con todo, para una adecuada solución del problema del hacinamiento de inmigrantes en las viviendas, debe señalarse que no bastaría la mera aplicación de órdenes o prohibiciones, sino que sería necesario que se acompañaran con medidas de política social, buscando de forma inmediata alojamientos provisionales que reúnan las condiciones necesarias, y seguidamente impulsando políticas de promoción de

viviendas.

Las competencias locales en materia de salubridad no solamente afectan a las viviendas, sino también a otro tipo de edificios como pueden ser los destinados a lugar de culto religioso. Ello tiene una gran repercusión en el ámbito de la inmigración, como ha puesto de relieve la polémica suscitada en algunos municipios en torno a la ubicación de mezquitas. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el artículo 16 de la CE establece que se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

3.2.5. Cementerios y servicios funerarios: la reserva de espacios para enterramientos y el respeto a los ritos funerarios de los inmigrantes

Anteriormente, al hablar de las competencias en materia de urbanismo, he puesto de relieve la importancia que tiene el tema de la ubicación de espacios para el culto en el territorio en el contexto de hacer efectiva la garantía constitucional de libertad religiosa y de cultos, de forma que cada persona puede tener o no sus creencias religiosas y practicarlas, ya sea en privado o en el seno de su comunidad.

Entre las implicaciones que tiene la libertad religiosa y de culto, ocupan un lugar muy relevante las creencias o no en el más allá después de la muerte y, por tanto, los enterramientos y los ritos funerarios. Como hemos señalado anteriormente, cabe advertir que las entidades locales tienen competencias en materia de “cementerios y servicios funerarios”, de acuerdo con el artículo 25.2.j) de la LBRL, y que los cementerios son un servicio público obligatorio que deben prestar todos los municipios, según establece el artículo 26.1.a) de la LBRL.⁶²

Debe destacarse la existencia de acuerdos concretos del Estado, ratificados por ley, con las diversas iglesias y confesiones religiosas, además de la Iglesia católica, que contienen previsiones específicas sobre cementerios y ritos funerarios. Así, podemos señalar los acuerdos con las Comunidades Israelitas⁶³ y la Comisión Islámica de España,⁶⁴ que han sido ratificados por una serie de leyes

derecho ambiental, Barcelona: Ed. Ariel, 1999. En la actualidad las reglamentaciones de policía administrativa tienen su punto de apoyo en reglas no estrictamente jurídicas que tienen su origen en saberes o técnicas no jurídicos.

61. Un examen de estas obligaciones y su relación con las competencias, funciones y potestades de los entes locales puede verse en el excelente trabajo de SIBINA I TOMÁS, D., *La conservación de las fachadas en condiciones de seguridad*, Barcelona: Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya y Marcial Pons, 1998, Colección Administración local, ¿cómo hacerlo?

62. Como señala L. Tolivar Alas: “Aunque no han faltado en la doctrina autores empeñados en mantener, con posterioridad a la Ley básica de régimen local de 1985, una falsa sinonimia entre *servicios funerarios* y *servicios mortuorios*, es bien evidente que nos hallamos ante contenidos prestacionales de diversa amplitud. El calificativo mortuario, que defendimos en un trabajo doctoral tres años anterior a la referida norma local, englobaba no sólo al servicio funerario clásico –las viejas *pompas*, hoy tan diversificadas– sino a los propios

cementerios y a cuantas instalaciones y actividades se relacionen con el proceso, natural o artificial, de reducción, mineralización o destrucción de los cadáveres”. Vid. de este autor “Servicios funerarios municipales y servicio público”, en AA.VV., *Ponències del Seminari de Dret Local. Vuitena i novena edicions del Seminari (cursos 95-96 i 96-97)*, vol. II, Barcelona: Ed. Ajuntament de Barcelona, 1998, p. 283.

63. Vid. el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI) –aprobado por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre; BOE. de 12 de noviembre–. Artículo 2. 6: “Los cementerios judíos gozarán de los beneficios legales que este artículo establece para los lugares de culto. Se reconoce a las comunidades israelitas, pertenecientes a la FCI, el derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos judíos en los cementerios municipales, así como el derecho de poseer cementerios judíos privados, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad. Se adoptarán las medidas oportunas para la

aprobadas en 1992. Estas leyes contienen una serie de derechos para la reserva de espacios para enterramientos, el derecho de estas confesiones a poseer cementerios propios, la adopción de medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios, y el trasladar a los cuerpos de los difuntos a los cementerios pertenecientes a estas confesiones religiosas.

3.2.6. Consumidores y usuarios: el control de la venta ambulante realizada por inmigrantes

La situación de irregularidad en que se encuentran un gran número de extranjeros, tal y como apuntábamos en la primera parte de este estudio, comporta que éstos tengan vedado legalmente el acceso al mercado de trabajo y que para subsistir hayan de acudir a la economía sumergida. En muchas ocasiones, los extranjeros se acogen para subsistir al recurso de la venta ambulante de productos en la vía pública de un municipio. Actividad que, de acuerdo con los artículos 36 a 39 de la LODYLE, debe ejercerse una vez obtenido el correspondiente permiso de trabajo. El incumplimiento de esta obligación comporta una infracción grave cuando el extranjero no cuente con autorización de residencia válida, según establece el artículo 53.b) de la LODYLE, que puede llevar a la expulsión del territorio español. En el caso que se esté trabajando por cuenta propia y se cuente con permiso de residencia temporal supone una infracción leve con multa de hasta unos 300 euros, de acuerdo con el artículo 52.c) de la LODYLE.

La venta ambulante o no sedentaria puede definirse como “la realizada por comerciantes, fuera de un establecimiento comercial permanente, de forma habitual,

ocasional, periódica o continuada, en los perímetros o los lugares debidamente autorizados en instalaciones comerciales desmontables o transportables, incluyendo los camiones-tienda. En todo caso, la venta no sedentaria únicamente podrá llevarse a cabo en mercados fijos, periódicos u ocasionales, así como en lugares instalados en la vía pública para productos de naturaleza estacional” (artículo 53 de la Ley 7/1996, de 15 enero, de ordenación del comercio minorista).

Si bien en la materia del comercio se produce un complejo entrecruzamiento de títulos competenciales, tanto estatales como autonómicos, cabe señalar que tanto la legislación estatal como la autonómica reconocen un importante ámbito de actuación a las entidades locales. Así el artículo 25.2.g) de la LBRL, que reconoce a los municipios competencias tanto en materia de consumidores y usuarios como específicamente en el ámbito de la venta ambulante, y el artículo 54 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, que establece que corresponderá a los ayuntamientos otorgar las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante en sus respectivos términos municipales, de acuerdo con sus normas específicas y las contenidas en la legislación vigente.

La legislación autonómica, al regular la venta ambulante, acostumbra a exigir entre la documentación que debe aportar el solicitante, cuando éste es extranjero no comunitario o asimilado, los correspondientes permisos de residencia y de trabajo.⁶⁵ Exigencia que ha sido recogida por algunas ordenanzas locales que se dictan en el marco de esta normativa.⁶⁶

En estos casos, cabe preguntarse si la corporación local, al realizar el control de la venta ambulante en su municipio, debe exigir la acreditación de la situación de

observancia de las reglas tradicionales judías, relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios, que se realizarán con intervención de la comunidad judía local. Se reconoce el derecho a trasladar a los cementerios pertenecientes a las comunidades israelitas los cuerpos de los difuntos judíos, tanto de los actualmente inhumados en cementerios municipales como de aquéllos cuyo fallecimiento se produzca en localidad en la que no exista cementerio judío.”

64. *Vid.* el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España (aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre; BOE de 12 de noviembre). Artículo 2.5: “Los cementerios islámicos gozarán de los beneficios legales que establece el número 2 de este mismo artículo para los lugares de culto. Se reconoce a las comunidades islámicas, pertenecientes a la Comisión Islámica de España, el derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos islámicos en los cementerios municipales, así como el derecho a poseer cementerios islámicos propios. Se adoptarán las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales islámicas, relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios que se realizarán con intervención de la comunidad islámica local. Se reconoce el derecho a trasladar a los cementerios pertenecientes a las comunidades islámicas los cuerpos de los difuntos musulmanes, tanto los actualmente inhumados en cementerios municipales como los de aquéllos cuyo fallecimiento se produzca en localidad en la que no exista cementerio islámico, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad.”

65. Ley madrileña 1/1997, de 8 enero, que regula la venta ambulante: artículo 5: “[...] En caso de tratarse de titulares procedentes de países no comu-

nitarios, estar en posesión de los correspondientes permisos de residencia y trabajo, o tarjeta de residencia para los comunitarios, si es persona física, o estar legalmente constituida e inscrita en el oportuno registro mercantil, caso de ser persona jurídica”; así como el Decreto gallego 194/2001, de 26 de julio, de ordenación de la venta ambulante: el artículo 10.2.e), al regular los requisitos de la venta ambulante, señala que: “En el caso de los extranjeros, acreditar el cumplimiento de la normativa específica vigente.”

66. A título de ejemplo *vid.* la Ordenanza reguladora de la actividad de venta ambulante en la ciudad de Palencia, aprobada por el Pleno el 13 de diciembre de 1988 (BOP de 11 de enero de 1989): “Artículo 8. Para el ejercicio de la venta ambulante en los lugares autorizados por la presente ordenanza, el comerciante deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Estar dado de alta en la Delegación de Hacienda por el epígrafe correspondiente a la cuota por licencia fiscal del impuesto industrial de la actividad a desarrollar y encontrarse al corriente de su pago. b) Estar en posesión de licencia municipal, previo pago de las tasas que por ocupación de vía pública en cada momento estuvieran vigentes. c) En el caso de extranjeros, acreditar tener concedido permiso de residencia y trabajo por cuenta propia, con independencia de las condiciones establecidas en los apartados a) y b). d) Reunir las condiciones y los requisitos exigidos por la normativa reguladora del producto objeto de venta ambulante. e) Estar al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social.” Ordenanza fiscal del municipio de Cabezón de la Sal (Cantabria), reguladora de la tasa por licencia de venta ambulante en la vía pública y espacios abiertos, aprobada por el Pleno el 18 de junio de 1998 (BOP de 19 de agosto de 1998). Entre la documentación que exige el artícu-

regularidad y la correspondiente autorización para trabajar del extranjero. De acuerdo con la legislación antes examinada, esta documentación deberá exigirse al otorgar la correspondiente licencia o al exigir el pago de una tasa. Cuestión distinta será, en cambio, cuando se esté realizando la actividad sin la correspondiente licencia. Aquí, la actividad de la Administración local debe limitarse a tramitar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador por ejercer la actividad sin la correspondiente licencia, pero no en cambio por carecer del correspondiente permiso o autorización de trabajo, ya que ello corresponderá a la Administración del Estado en sus funciones de control de extranjería.

3.2.7. Enseñanza infantil, primaria, secundaria y de adultos

Dada su proximidad con los ciudadanos, las entidades locales han tenido tradicionalmente un papel relevante en el ámbito educativo, si bien la tendencia histórica ha consistido en concentrar las competencias en esta materia en manos del Estado.⁶⁷ Con la transferencia a las comunidades autónomas de las competencias educativas se plantea cuál es el papel que han de tener en este ámbito las entidades locales.⁶⁸ Así, algunos autores han señalado que “el grado actual de competencias, en materia de educación, es totalmente insuficiente y no llega a satisfacer el principio de autonomía local”, planteando la necesidad de profundizar en una mayor descentralización en este ámbito.⁶⁹

Debe destacarse, en cualquier caso, la importancia del derecho a la educación como factor de cohesión social entre población autóctona e inmigrante. En esta

línea la Carta Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos en la Ciudad, elaborada en Saint-Denis el 18 de mayo de 2001, señala en esta línea que: “Las ciudades contribuyen a poner a disposición de todos los espacios y los centros escolares, educativos y culturales, en un contexto multicultural y de cohesión social.”

Con relación a las competencias educativas de los municipios, tiene singular importancia la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, dado el riesgo de un alto grado de absentismo escolar entre la población inmigrante.⁷⁰ Corresponderá, por tanto, a la policía local y los servicios sociales del ayuntamiento velar para que los menores no se encuentren fuera de clase durante el horario escolar. Ahora bien, las competencias educativas no se limitan a este tipo de actuaciones, sino que son especialmente relevantes por lo que hace referencia a la cooperación con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes, como a la participación en la programación de la enseñanza. En este sentido, parece oportuna una mayor descentralización que suponga una mayor presencia de los ayuntamientos en aspectos claves como la planificación y la gestión educativa.⁷¹

Entre los aspectos relevantes que se plantean en materia educativa respecto a la población inmigrante está, sin lugar a dudas, el conseguir un adecuado reparto en los centros educativos, evitando la concentración en algunos de ellos.⁷² Para garantizar este reparto, ello puede realizarse a través de la normativa sobre admisión de alumnos, que es de carácter autonómico, mediante la fijación en cada centro público o concertado

lo 7.2 f) cabe señalar que: “En el caso de extranjeros, deberá acreditarse, además, estar en posesión de los permisos de residencia y trabajo o la documentación que justifique tener en trámite ante el organismo competente dichos permisos.”

67. Vid. el informe del Consejo Escolar de Estado, sobre el estado y la situación del sistema educativo español del curso 2000/2001 (puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: www.mec.es/cesces/inicio.htm). En el mismo se señala que: “[...] teniendo en consideración la proximidad de los entes locales con las aspiraciones y las necesidades de los ciudadanos, en la historia de nuestro sistema educativo las corporaciones locales han jugado un papel importante, de manera primordial en los primeros niveles educativos del sistema. No obstante, la tendencia histórica fue la de concentrar paulatinamente los resortes competenciales en materia educativa en manos del Estado.”

68. Vid. SUBIRATS I HUMET, J. (ed.), *Gobierno local y educación. La importancia del territorio y la comunidad en el papel de la escuela*, Barcelona: Ed. Ariel, 2002, Colección Social.

69. Específicamente, vid. PERDIGÓ SOLÀ, J.; PLANDIURA, R., “Los condicionantes jurídicos en España. ¿Pueden los ayuntamientos intervenir en política educativa? Límites y oportunidades”, en SUBIRATS I HUMET, J. (ed.), *Gobierno local y educación...*, op. cit.

70. En este sentido, vid. el artículo 11.4 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 abril, de los derechos y la atención de los menores cuando señala que: “Las administraciones públicas de Andalucía velarán por el cumplimiento de la escolaridad obligatoria en aquellas edades que se establezcan en la legislación educativa vigente. A tal fin, se promoverán programas específicos para prevenir y evitar el absentismo escolar.”

71. Vid. el informe del Consejo Escolar del Estado, sobre el estado y la situación del sistema educativo español del curso 2000/2001 (puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: www.mec.es/cesces/inicio.htm).

En el informe se señala respecto a las entidades locales las siguientes conclusiones:

–El Consejo Escolar del Estado considera que las administraciones locales deben potenciar su colaboración con los centros educativos para impulsar y financiar las actividades extraescolares y poner a disposición de éstos recursos humanos y materiales (personal auxiliar, monitores de ocio, etc.) para la mejora del sistema educativo.

–El Consejo Escolar del Estado considera que se debe profundizar en la descentralización administrativa promoviendo la asunción de competencias, en materia de planificación y gestión educativa, por los ayuntamientos y las corporaciones locales e impulsando proyectos educativos de ciudad, al tiempo que se aseguran los mecanismos para garantizar que este proceso de descentralización no sea una nueva fuente de desigualdad.

–El Consejo Escolar del Estado se ratifica en las consideraciones que se recogían en el informe del curso pasado en relación con las corporaciones locales. Constatamos el hecho de que se continúan produciendo incumplimientos referentes a la utilización de algunos edificios docentes (incluidas las viviendas de los profesores de la localidad) para fines distintos, sin la previa desafectación. Las diferentes administraciones públicas docentes deben proteger a sus funcionarios contra actuaciones en este sentido.

72. Vid. el informe del Consejo Escolar del Estado sobre el estado y la situación del sistema educativo español del curso 2000/2001 (puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: www.mec.es/cesces/inicio.htm). En el informe se señala que: “La escuela debe integrar a estos alumnos desde una concepción intercultural que ayuda y enriquece a todos los pueblos. Integración que, además, debe hacerse equilibrando la presencia de estos alumnos en los diferentes tipos de centros, evitando que existan algunos que se acaben convirtiendo en guetos.”

de un número de estudiantes de origen inmigrante.⁷³ Ahora bien, la realidad suele ir por otros cauces, ya que en algunos supuestos se han dado selecciones encubiertas de estudiantes, establecimiento de cuotas elevadas para la realización de determinadas actividades extraescolares, la misma ubicación de los centros, etc. Por ello, es necesario mejorar y asegurar el cumplimiento de la legalidad vigente que ya prevé mecanismos desde el punto de vista jurídico para evitar esta concentración o al menos para atenuarla.

En este sentido, es conveniente una adecuada planificación educativa, en la que cobran una gran relevancia las competencias locales sobre participación en la programación de la enseñanza. Son los entes locales los que saben o están en situación de conocer mejor los problemas a los que se enfrentan las escuelas en cada uno de los barrios. En esta línea, puede ser de gran relevancia la actuación de los entes locales apoyando a los centros escolares que tengan concentración de inmigrantes, estableciendo una serie de medidas que puedan fomentar la inserción de estudiantes en centros concertados y realizando la formación de profesionales que puedan atender con mayor preparación a los estudiantes de origen inmigrante.

4. Examen específico de las competencias de los municipios en materia de asistencia social a los inmigrantes

4.1. La incidencia de la legislación estatal sobre extranjería e inmigración en las competencias locales sobre servicios sociales

La intervención de los municipios en el ámbito de la asistencia social tiene una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico, si bien en el marco estrecho de

la legislación de beneficencia.⁷⁴ A partir de la CE de 1978, la materia "asistencia social" (artículo 149.1.20 de la CE) viene siendo asumida en los estatutos de autonomía como competencia exclusiva de las comunidades autónomas. No obstante, debe relativizarse el alcance de esta exclusividad desde dos perspectivas: primera, el Estado se reserva ciertos títulos de carácter horizontal que obligan a tener en cuenta en este ámbito la normativa estatal, y, segundo, tanto la legislación estatal como la autonómica reconocen a las entidades locales competencias en este ámbito.

En este sentido, al amparo del artículo 149.1.2 de la CE, el Estado ha dictado la LODYLE, que en su artículo 14, apartados 2 y 3, se refiere al derecho de los extranjeros a los servicios sociales.⁷⁵ Tales preceptos distinguen entre extranjeros residentes y el resto de los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa. Para los primeros se reconoce el derecho 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.⁷⁶ En cambio, para los segundos, se dispone que tienen derecho a los servicios y las prestaciones sociales básicas. Por tanto, el desarrollo de las competencias autonómicas y locales en este ámbito dependerá en gran medida de la regularización del extranjero. Así, por ejemplo, la realización de cursos de formación profesional u otros mecanismos de inserción socio-laboral solamente tendrán sentido en la medida en que el extranjero tenga perspectivas de una regularización, ya que de otra forma tendrá vedado el acceso al mercado legal de trabajo.⁷⁷

En cualquier caso, el legislador estatal distingue entre dos grandes categorías: por una parte, los servicios y las prestaciones generales y básicos que se reconocen a todos los extranjeros, y, por otra, los servicios y las prestaciones específicos que sólo se reconocen a los extran-

73. Vid. AJA FERNÁNDEZ, E.; LARIOS PATERNA, M. J., "El derecho a la educación de los inmigrantes. Aspectos jurídicos", en *Cuadernos de Pedagogía*, monográfico núm. 315, pp. 24-26.

74. Vid. AGUADO I CUDOLÀ, V., "La beneficencia: De la policía administrativa al servicio público. El caso de la Mancomunidad de Cataluña", en TORNOS MAS, J. (ed.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, Colección Políticas de Bienestar, p. 55. Como señala A. Nieto García: "Siempre se ha entendido que la Administración municipal es el marco organizativo más idóneo para la prestación de los servicios del bienestar, habida cuenta de su proximidad a los destinatarios y de la posibilidad de su individualización más justa. El hecho es, desde luego, que en la protohistoria del Estado de bienestar la beneficencia era una acción típicamente municipal [...]". Vid. de este autor "La organización de las administraciones públicas para el servicio del bienestar" en MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L.; GONZÁLEZ SEARA, L. (eds.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid: Escuela Libre Editorial y Civitas, 1997, p. 564.

75. Así lo pone de relieve la disposición final cuarta de la LODYLE cuando señala que: "Artículos no orgánicos. Los preceptos contenidos en los artículos 10, 12, 13 y 14 no tienen carácter orgánico, habiendo sido dictados en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.2 de la Constitución."

76. Ello es en coherencia con los convenios y acuerdos internacionales suscritos por el Estado español. Así, por ejemplo, vid. el artículo 19 del

Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977, del estatuto jurídico del trabajador migrante ratificado por el Instrumento de 29 de abril de 1980 (BOE 145, de 18 junio 1983): "Asistencia social y médica. Cada parte contratante se compromete a prestar en su territorio a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias que residan legalmente en su territorio, asistencia social y médica sobre las mismas bases que a sus nacionales, conforme a las obligaciones que asuma, en virtud de otros acuerdos internacionales y, en particular, del Convenio Europeo sobre Asistencia Social y Médica de 1953."

77. Tal como señala E. Roig Molés: "El desarrollo de las competencias autonómicas y locales depende muy considerablemente de la regularidad o no de la estancia del extranjero en España y, sobre todo, de la posibilidad y de las expectativas de regularización: la realización de esfuerzos y actividades en materia de formación de extranjeros, la instrumentación de mecanismos de asistencia social con el objetivo siempre puesto en la integración del extranjero en el mercado laboral y su progresiva emancipación de la ayuda social, las políticas de vivienda, etc., resultan absolutamente faltas de sentido y frustradas si el extranjero no obtiene o no puede obtener la regularización (y una razonable estabilidad) en su situación." Vid. el excelente trabajo de este autor "La coordinació i la cooperació entre els poders públics", en AA.VV., *Inmigració, autonomia i integració*, Barcelona: Ed. Institut d'Estudis Autònoms e Institut Català de la Mediterrània, 2002, p. 178.

jeros residentes. No define, en cambio, qué debe entenderse por dichas categorías, por cuanto ello correspondería al legislador autonómico. Cabe advertir, de esta forma, que se produce una cierta asimetría entre la terminología utilizada por la LODYLE y por la legislación autonómica. Ello puede plantear dudas sobre los servicios y las prestaciones a los que pueden acceder todos los extranjeros. De esta forma, en alguna legislación autonómica se distingue entre “servicios de atención primaria”⁷⁸ y “servicios de atención especializada”.⁷⁹

Algunos autores han entendido que la expresión servicios sociales específicos se refiere a “servicios y prestaciones destinados a cubrir necesidades sociales de los ciudadanos extranjeros, por razón de sus circunstancias específicas, frente a las que satisfacen necesidades o derechos de personas con independencia de su nacionalidad”.⁸⁰ Según esta interpretación, los servicios sociales básicos serían en cambio “aquellos que sirvan a necesidades de carácter vital: sanitarios, educativos, de atención social para personas en situaciones de especial necesidad por su edad o por otras circunstancias sociales o personales”.⁸¹ En esta línea, algún autor ha señalado que los “servicios y prestaciones básicos” serían “un concepto jurídico indeterminado, para cuya delimitación acaso habría de considerarse la opción de hacer equivaler ‘básico’ con la atención a necesidades perentorias y vitales”.⁸²

En sentido contrario, se manifiesta M. Camós Ramió, cuya posición se sintetizaría en los siguientes puntos:⁸³

a) El artículo 14 de la LODYLE se refiere a los “servicios sociales” en el sentido jurídico del término. No estaríamos, por tanto, ante un concepto amplio como se suele utilizar en las disciplinas no jurídicas, pues la misma LODYLE remite en otros artículos a las previsio-

nes sobre servicios sanitarios, educativos, de vivienda, etcétera.

b) La expresión “servicios generales y básicos” no contrapone dos tipos de servicios distintos, por una parte los generales, y por otro los básicos, sino que se refieren a un solo concepto.

Esta interpretación resulta muy razonable por cuanto se deriva de una interpretación sistemática de los artículos en los que la LODYLE regula los diversos derechos de contenido social de los extranjeros. En efecto, a pesar de la deficiente redacción del artículo 14 de la LODYLE, debe quedar claro que todos los extranjeros tienen derecho a los servicios generales y básicos.

A mi entender, tampoco pueden limitarse a necesidades meramente perentorias y vitales, sino que tienen un contenido más amplio que se sitúa en un primer nivel de proximidad al ciudadano, de forma que se detecten sus necesidades sociales y que se responda con funciones de información, valoración y orientación. Se trataría, por tanto, de una atención previa que constituiría “una puerta de entrada al sistema de servicios sociales”.⁸⁴

La prestación de estos servicios, básicos y generales según la terminología estatal, es una competencia típicamente local. Ello se pone de relieve, por ejemplo, en el ámbito de la detección de las necesidades locales en las que el factor proximidad en que se encuentran los municipios resulta esencial. Así lo viene reconociendo la legislación autonómica. El ámbito que cubre este tipo de servicios puede encontrarse en los planes concertados de prestaciones básicas de servicios sociales en las corporaciones locales que se han venido aprobando anualmente desde 1988.⁸⁵ Según este tipo de planes, las prestaciones sociales incluidas son las siguientes: a) información y orientación; b) apoyo a la unidad convivencial y ayuda a

78. Así, se ha señalado que: “El término *servicios sociales de atención primaria* es relativamente reciente (leyes de servicios sociales de Cataluña y Galicia), y ha sido acuñado por influencia de la legislación sanitaria. Existen otros términos con similitud de contenido –servicios sociales de base (Aragón, Extremadura, Navarra, País Vasco), *básicos* (Castilla y León), *generales* (Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Madrid, La Rioja, Comunidad Valenciana) y *comunitarios* (Andalucía, Asturias, Cantabria, Murcia)– para designar aquellos servicios de carácter polivalente, no sólo para colectivos especialmente vulnerables, sino para *toda la población*, que se sitúan en el primer nivel de proximidad al ciudadano, ofreciéndole información y participación, detectando sus necesidades sociales, atendiendo a sus inmediatas carencias o primeras demandas.” Vid. ALONSO SECO, J. M.; GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid: Ed. BOE, 1997, p. 225.

79. De esta forma encontramos que: “Las leyes autonómicas de servicios sociales recogen la noción de servicios de atención especializada antes expuesta. Recibe diversos nombres: *servicios sociales especializados* (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Castilla-La Mancha, Extremadura, Madrid, Murcia, País Vasco, La Rioja, Comunidad Valenciana), *servicios sociales específicos* (Baleares, Cantabria, Castilla y León), y el de *servicios sociales de atención especializada*, acuñado por la influencia de la legislación sanitaria estatal y autonómica (Galicia y Cataluña, comunidad que diferencia incluso, además de la atención social primaria, entre un nivel normal de atención especializada y otro de atención especializada superior).” Vid. ALONSO SECO, J. M.; GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales...*, op. cit., p. 244.

80. Vid. IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., “Artículo 14. Derecho a la seguridad social y a los servicios sociales”, en P. SANTOLAYA MACHETTI (ed.), *Comentarios a la nueva ley de extranjería*, Ed. Lex Nova, p. 110.

81. Vid. IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., “Artículo 14. Derecho a la seguridad social y a los servicios sociales”, op. cit., p. 110.

82. Vid. AZNAR LÓPEZ, M., “Los derechos sociales de los extranjeros en España”, en AA.VV., *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería 2001*, Madrid: Ed. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, pp. 157-158.

83. Vid. CAMÓS RAMIÓ, M., “El mandato constitucional de protección a la tercera edad y los extranjeros”, en TORNOS MAS, J. (ed.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, Colección Políticas de Bienestar Social.

84. Vid. ALONSO SECO, J. M.; GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales...*, op. cit., p. 226.

85. Sobre estos planes puede consultarse la siguiente bibliografía: MOGÍN BARQUÍN, M. T., “El Plan concertado de prestaciones básicas de servicios sociales en las corporaciones locales”, en AA.VV., *I Jornadas Nacionales de Servicios Sociales Comunitarios, Gijón, 1993*, Madrid: Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, 1995, pp. 123-142; CHACÓN FUERTES, F., “Situación actual del Plan concertado de prestaciones básicas de servicios sociales”, en AA.VV., *III Jornadas de Psicología de la Intervención Social*, tomo I, Madrid: Ed. IMSERSO, 1993, pp. 141-154; CASADO PÉREZ, D., Informe FOESSA 1994, tomo II, capítulo 11; ALONSO SECO, J. M.; GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales...*, op. cit., pp. 232-234 y 557-559.

domicilio; c) actuaciones específicas de prevención e inserción social, y d) actuaciones destinadas al fomento de la solidaridad: cooperación social.⁸⁶

Ahora bien, cabe preguntarse si estos derechos que sobre los que el Estado ha legislado tienen el carácter de mínimos. Es decir, si las comunidades autónomas pueden ampliar los derechos y las prestaciones que la LODYLE reconoce a los extranjeros que no tengan un permiso de residencia. Se plantea, por tanto, cuál es el alcance del artículo 149.1.2 de la CE en cuanto a la regulación de los derechos y las prestaciones asistenciales que realiza la LODYLE, que se quiere fundamentar en este precepto constitucional. En este sentido, E. Roig Molés ha señalado que la determinación del título competencial del Estado ha de realizarse fundamentalmente desde el núcleo tradicional de la extranjería, esto es, el control de flujos migratorios. Desde esta interpretación, la finalidad de control de flujos migratorios sería la que permitiría excepcionar un régimen específico de inmigración. En cambio, las regulaciones relativas al goce de derechos sociales o prestaciones no tienen una relación tan relevante en relación con el control de flujos migratorios.⁸⁷ Tal interpretación parece muy razonable, pues de otra forma se corre el riesgo de un ilimitado desbordamiento de las competencias estatales en perjuicio de las autonómicas y locales.

Desde la perspectiva de la materia de asistencia social, el Tribunal Constitucional señaló que esta competencia autonómica únicamente puede ser excepcionada a través de la creación de fondos y programas cuando se trate de "problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global" (STC 145/1986, de 25 de noviembre). El Alto Tribunal resulta aún más riguroso en cuanto a la gestión de estos programas y fondos por cuanto sólo admite que en ésta intervenga el Estado "si la gestión centralizada resultare imprescindible", señalando que "sería legítima la intervención estatal directa [...] sólo en la medida que los programas correspondientes, por su carácter estatal, no pudieran regionalizarse en la gestión".

A mi entender, los derechos sociales de los extranje-

ros que el legislador estatal regula en la LODYLE constituyen un mínimo que los legisladores autonómicos pueden ampliar en el ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social. Esta aseveración se fundamentaría a mi entender en los siguientes argumentos: a) la propia dicción de la LODYLE, que se limita a reconocer unos derechos mínimos a todos los extranjeros, sin que exista una prohibición expresa que impida al legislador autonómico su ampliación; b) el alcance del artículo 149.1.2 de la CE respecto a los derechos sociales de los extranjeros estaría en delinear un marco previo en el cual los legisladores autonómicos tendrán un amplio margen de actuación, pues entenderlo de otra forma comportaría un progresivo apoderamiento de competencias por el Estado junto a un correlativo desdibujamiento de las competencias autonómicas, y c) si bien las competencias autonómicas en materia de servicios sociales pueden ser excepcionadas en determinados casos para problemas que requieran un planteamiento global como podría ser la inmigración, debe interpretarse restrictivamente el alcance de dicha excepción, limitándolo fundamentalmente a aquellos supuestos que tienen relevancia desde la perspectiva del control de flujos.

Se ha señalado, por ejemplo, que un caso de ampliación del derecho a los servicios sociales de los extranjeros sería la legislación catalana. Así, el Decreto catalán 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña, dispone, en su artículo 9.2, que "los extranjeros que vivan o se encuentren en Cataluña, sea cual sea su situación administrativa, tienen derecho a acceder, en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos, a los servicios básicos de atención social primaria, a los servicios de atención domiciliaria, a los servicios de comedor, a los servicios residenciales de estancia limitada, a los servicios de centros abiertos para niños y adolescentes, y a las ayudas de urgencia social otorgadas por las administraciones públicas de Cataluña".⁸⁸ Según mi opinión, no se estaría propiamente en este supuesto ante una ampliación de derechos respecto a los definidos por la LODYLE. En efecto, como hemos

86. De acuerdo con la información existente en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (<http://internet.mtas.es/Guia2002/texto/39/39-2.html>), las prestaciones básicas que se recogen en este marco de cofinanciación de los planes concertados, con sus correspondientes contenidos son las siguientes: "Información y orientación. Supone garantizar el derecho de la población (es decir los individuos, grupos e instituciones) de disponer de medios para conocer tanto los derechos que pudieran corresponderles, como los recursos sociales existentes para dar respuesta a las necesidades socialmente reconocidas como objeto de protección social. Apoyo a la Unidad Convivencial y ayuda a domicilio. Responde a la necesidad de los ciudadanos de disponer de unas condiciones básicas en su propio medio de convivencia, para desarrollar su autonomía potencial y alcanzar un mayor grado de realización personal y social en su entorno más próximo desde una perspectiva integral y normalizada. Alojamiento alternativo. Esta prestación da respuesta a la necesidad de todas las personas de disponer de un espacio digno donde alojarse y en el que desarrollar los aspectos más elementales de la convivencia social. Actuaciones específicas de prevención e inserción social. Este conjunto de actuaciones responde a la necesidad de prevenir la

marginación y sus causas, así como de favorecer procesos de participación e integración de las personas y los colectivos más desfavorecidos. Actuaciones destinadas al fomento de la solidaridad: cooperación social. Estas actuaciones responden al objetivo de potenciar las expresiones de solidaridad y el fomento de la responsabilidad social en la comunidad ante las distintas situaciones de necesidad y como un complemento necesario para una mayor efectividad de las cuatro prestaciones antes descritas."

87. Vid. el excelente trabajo de ROIG MOLÉS, E., "La coordinació i la cooperació entre els poders públics", en AA.VV., *Immigració, autonomia i integració*.

88. En el Plan municipal de inmigración del Ayuntamiento de Barcelona, de diciembre de 2002, se señala que: "Ello implica una ampliación de los servicios sociales de que pueden disfrutar los extranjeros en situación irregular, considerando que va más allá de los servicios básicos de atención social primaria. Esta concreción y ampliación realizada por el artículo 9.2 del Decreto 188/2001 resulta posible en base al régimen constitucional y estatutario de distribución de competencias entre Estado y Generalidad visto anteriormente ya que corresponde a la Generalidad definir los servicios sociales consi-

dicho anteriormente los servicios y las prestaciones generales y básicos han de identificarse con servicios de atención primaria como contraposición a servicios específicos. Por tanto, deben considerarse aplicables a los inmigrantes irregulares, al no poderse considerar como servicios específicos los servicios de atención domiciliaria, los servicios de comedor, los servicios residenciales de estancia limitada, los servicios de centros abiertos para niños y adolescentes y las ayudas de urgencia social otorgadas por las administraciones públicas de Cataluña.

La legislación del Estado en materia de servicios sociales no se limita, sin embargo, a regular de forma genérica los derechos de los inmigrantes, sino que se traduce en una extensa organización administrativa.⁸⁹ En efecto, el Real decreto 140/1997, de 31 de enero, transforma el Instituto Nacional de Servicios Sociales en Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, ampliando las competencias de la entidad en materia de inmigración. No obstante, las competencias asignadas en dicho Real decreto al IMSERSO con relación al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes y el Observatorio Permanente de la Inmigración han pasado a ser competencia del Ministerio del Interior, a través de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, a tenor de lo dispuesto en el Real decreto 1449/2000, de 28 de julio, por el que se modifica y se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, el Real decreto

683/2000, de 11 de mayo, que dispone que corresponde a aquélla formular la política del Gobierno en relación con la extranjería, la inmigración y el derecho de asilo, así como coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dichas materias, y el Real decreto 345/2001, de 4 de abril, por el que se regula el Observatorio Permanente de la Inmigración.

Paradójicamente, si bien el Estado ha venido culminando el traspaso de competencias en el ámbito de servicios sociales, todavía nos encontramos con que el IMSERSO lleva a cabo una serie de actuaciones en el ámbito de los servicios sociales,⁹⁰ especialmente en las funciones de planificación, evaluación y de desarrollo normativo.⁹¹ Así, específicamente, el artículo 1.2 del Real decreto 238/2002, de 1 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica y las funciones del IMSERSO, señala que las competencias de este instituto se refieren, entre otras, a las siguientes materias: "c) La asistencia, la promoción y la integración social de los inmigrantes, desplazados, solicitantes de asilo y refugiados."

En efecto, tal y como señalábamos en la primera parte de este estudio, en el ámbito reglamentario los artículos 145 a 147 del RELODYLE prevén la creación de una red pública de centros de migraciones, y también regula algunos aspectos del régimen jurídico y los requisitos y el procedimiento de ingreso en estos establecimientos.⁹² La creación de esta red pública estaba prevista ya en el Programa GRECO, en donde se aludía a la ne-

derando que ostenta la competencia exclusiva en materia de servicios sociales (artículo 9.5 del EAC). Una concreción de estas competencias puede ser el acuerdo anunciado por el IMSERSO y la Generalidad de financiar la red de alojamiento para inmigrantes en situación de especial vulnerabilidad."

89. Como señala A. Nieto García: "A la vista del artículo 148.1.20 de la Constitución es difícil imaginar que la organización administrativa estatal sea amplia; y, sin embargo, esto es lo que sucede [...]" *Vid.* de este autor "La organización de las administraciones públicas para el servicio del bienestar", *op. cit.*, p. 561.

90. Así, ya el Tribunal Constitucional se preguntaba a inicios de 1992 "si tiene algún sentido que el Estado mantenga un ente de gestión (se refería al entonces IMSERSO) en una materia –los servicios sociales– que ha sido descentralizada prácticamente por entero por la Constitución y por los estatutos de autonomía" (STC 13/1992, de 6 de febrero).

91. *Vid.* la intervención parlamentaria de la Sra. Julios Reyes (Coalición Canaria): "Y enlace con uno de los temas que usted comentaba, que hacía referencia a que la Administración del Estado seguiría teniendo competencias en el ámbito de los servicios sociales, cada vez menos en el ámbito de la gestión y cada vez más en el ámbito de planificación y evaluación y de desarrollo normativo. En el ámbito del desarrollo normativo debe participar, como es lógico, este Parlamento, pero a su vez nos encontramos en una situación en donde los desarrollos normativos que se hacen por parte de la Administración del Estado tienen una repercusión directa, cada vez más, en el ámbito de la gestión, no tanto de la Administración del Estado, porque queda cada vez más en una parcela más reducida, pero sí en la gestión directa de los servicios, en este caso servicios sociales, que se realiza desde las administraciones autonómicas y locales que, no olvidemos, en última instancia son las que tienen el contacto directo con el ciudadano, por lo que tiene que haber un enlace y una coordinación cada vez mayor para que el desarrollo de esa normativa se adecúe a las necesidades y, además, facilite en última instancia las mejoras en la gestión de las prestaciones en cualquier parte del territorio. No sólo entre los sexos sino también en el conjunto de la sociedad." *Vid.* Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los

Diputados. Comisiones. Año 2002 VII Legislatura núm. 541. Política social y empleo. Presidencia del Excmo. Sr. D. Julio Padilla Carballada. Sesión núm. 24, celebrada el miércoles 26 de junio de 2002. Comparecencia del Señor Director General del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, IMSERSO (Galerón de Miguel) para informar sobre: a) El papel del IMSERSO en el marco de la Administración General del Estado, una vez culminado el proceso de transferencia de competencias a las comunidades autónomas, por acuerdo de la Comisión de Política Social y Empleo (número de expediente 212/001119). b) La nueva estructura y funciones de dicho instituto a petición del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) (número de expediente 212/001062).

92. El Sr. Director General del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, IMSERSO (Galerón de Miguel) informó sobre estos centros de migraciones en los siguientes términos: "Estamos desarrollando la normativa que corresponde a los centros de migraciones, en cumplimiento de la Ley de extranjería y del Reglamento de extranjería y migración, y en concreto, tanto los estatutos de centros de migraciones como el estatuto de los centros de Ceuta y Melilla, ya son una realidad y esperamos que muy pronto serán publicados a través de una orden ministerial. Nuevos centros en materia de migraciones. Ya tenemos luz verde del propio Ministerio, y en eso estamos trabajando, para la construcción de siete nuevos centros de migraciones, centros que vamos a llamar de acogida y derivación, una especie de centros base para las personas migrantes, donde recibirán la primera atención y también la primera formación en aquellos aspectos básicos de nuestra cultura, sobre todo de nuestro idioma, para que después, a través de los centros de derivación que el IMSERSO mantiene en múltiples entidades, asociaciones, etcétera, puedan ser acogidas de una manera más especializada. Estos siete centros van a estar ubicados en las autonomías que tienen una mayor afluencia de personas migrantes como puede ser la isla de Santa Cruz de Tenerife o la isla de Gran Canaria, es decir, en Las Palmas y en Santa Cruz de Tenerife, como también en la comunidad de Andalucía, la Comunidad Valenciana, la Comunidad de Murcia y la Comunidad de Madrid. Son, como digo, siete nuevos centros en los que ya hemos dado los primeros pasos hace

cesidad de contar con el apoyo de las comunidades autónomas y de los entes locales.⁹³ En cualquier caso, esta red pública se adscribe al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a quien corresponderán 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. Tales centros se destinan a las funciones de atención, acogida, intervención social y, en su caso, derivación de extranjeros que tengan la condición de solicitantes de asilo, desplazados, refugiados, apátridas o de inmigrantes que se hallen en situación de vulnerabilidad o que corran riesgo de exclusión social.

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.⁹⁴ Cabe tener en cuenta, no obstante, tal y como ha señalado el Síndic de Greuges en su Informe al Parlament de Catalunya 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.”

La importancia de una red estatal de centros de migraciones podría entenderse en la necesidad de una correcta distribución de los extranjeros por el territorio español, evitando que se concentren en determinadas zonas que queden sobrecargadas y que no puedan llevar a cabo una correcta prestación. En este sentido, pueden ser un instrumento válido para la primera atención y la derivación a otros centros.⁹⁵ El problema que se plantea a través de estas técnicas de colaboración es, como ha sido puesto de relieve en el ámbito específico de los servicios sociales,⁹⁶ que acaban condicionando indirectamente el ejercicio de las competencias que, de acuerdo con la legislación aplicable, corresponden a las entidades locales.⁹⁷ Por tanto, sin perjuicio que el Estado pudiera establecer algunos programas generales de atención inmediata a los inmigrantes que se materializaran a través de convenios con las comunidades autónomas y los entes locales, a mi entender no queda suficientemente justificada una intervención centralizada de la Administración del Estado a través de la creación de órganos, la aprobación de estatutos, así como la determinación de las prestaciones.

4.2. La definición de las competencias locales en materia

unos meses para que puedan ser una realidad a lo largo del año 2003 y, como mucho, a lo largo de los primerísimos meses del año 2004. Como digo, cumplimos así el mandato de la Ley de extranjería y, desde luego, estamos en línea con una de las grandes preocupaciones que tiene nuestro país como es la atención a las personas migrantes.” *Vid.* Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 2002 VII Legislatura núm. 541. Política social y empleo. Presidencia del Excmo. Sr. D. Julio Padilla Carballada. Sesión núm. 24, celebrada el miércoles 26 de junio de 2002.

93. Entre los puntos que prevé el 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, publicado por la Resolución de 17 abril 2001 (BOE 101, de 27 abril de 2001) está el de: “2.4 Acogida y atención de extranjeros que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, con las siguientes medidas: a) Construcción de centros de estancia temporal para inmigrantes. Se construirán centros de estancia para inmigrantes en distintas comunidades autónomas con una capacidad para acoger a 400 personas cada uno. Estos centros acogerán a extranjeros en los que concurran circunstancias excepcionales de carácter humanitario. En estos centros, de carácter público, donde se trabajará en la primera acogida de los inmigrantes para ofrecerles los rudimentos básicos necesarios (idioma, habilidades sociales, conocimiento del medio...) mientras se adopta una decisión sobre su situación. b) Creación de plazas de acogida en colaboración con organizaciones no gubernamentales. El objeto de esta medida es dar cobertura social a los inmigrantes que, por diferentes motivos, están desconectados del mercado de trabajo y se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Concretamente, se creará una red nacional de acogida de inmigrantes, con la colaboración de las organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal. Esta colaboración se concretará mediante la adopción de acuerdos o convenios. Asimismo, será necesario contar con el apoyo de las comunidades autónomas y las corporaciones locales.”

94. *Vid.* por ejemplo la Resolución de 24 de abril de 2002, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de la Presidencia de la comunidad autónoma de Extremadura, por la que se publica el Convenio de colaboración con el IMSERSO para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de acogida básica (DOE 54, de 11 de mayo de 2002); el Acuerdo de 30 de enero de 2001 de la Secretaría General de la Consejería de Trabajo y Política Social de la

Región de Murcia por el que se publica el Convenio de colaboración con el IMSERSO para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de acogida básica a inmigrantes (BORM 42, de 20 de febrero de 2001).

95. *Vid.* la intervención parlamentaria de la Sra. Julios Reyes (Coalición Canaria): “En Canarias somos conocedores de las gestiones que se están haciendo para el desarrollo de los centros, tanto en la isla de Gran Canaria como en la de Tenerife, y solamente quisiera hacer dos reflexiones: una, insistir en la necesidad de que se persista en la negociación y el consenso de la Administración del Estado, en este caso, con las administraciones autonómicas y locales más afectadas por el desarrollo de estos centros, y otra, insistir también en algo que venimos planteando, que es reconocer la limitada capacidad de acogida que puede tener, en este caso, Canarias por su lejanía y por las características de los territorios insulares. Nosotros siempre hemos planteado que los centros deben de tener una capacidad de acogida de 250 personas como máximo, pero no debemos olvidar el segundo problema que acompaña a esta situación y que quizá tenga una cierta especificidad en Canarias, y es el número de inmigración irregular que proviene del África Sub-Sahariana que, en muchas ocasiones, no existe la posibilidad de ser repatriados a sus países y que con la legislación actual, tras los cuarenta días de estancia en los centros, tampoco pueden ser retenidos. Entendemos que es la red de centros del resto del Estado quien tiene que asumir, cuando se produzcan desbordamientos en los centros de Canarias, una correcta derivación y reparto tanto en España como, en su momento en Europa, cuando se desarrolla de la política europea de inmigración.”

96. *Vid.* MARSAL, M., “Modelos de distribución competencial y técnicas de colaboración, análisis del ejercicio real de las competencias a partir de técnicas relacionales”, en TORNO MAS, J. (ed.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, Colección Políticas de Bienestar Social, 2002, pp. 589-631.

97. Como señala A. Nieto García: “¿Qué explicación tiene la creación de órganos de la Administración General del Estado —y sus correspondientes asignaciones presupuestarias— para desarrollar competencias sobre materias constitucionalmente atribuidas a las comunidades autónomas? La intención puede ser clara —completar los huecos dejados por realizaciones autonómicas incompletas o insuficientes—, pero también puede entenderse como una invitación al desbordamiento competencial”. *Vid.* de este autor “La organización de las administraciones públicas para el servicio del bienestar”, *op. cit.*, p. 563.

de asistencia social a los inmigrantes a través de la legislación estatal y autonómica

La importancia del ámbito local en la prestación de servicios sociales ha sido puesta de relieve, entre otros, por la Carta Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos en la Ciudad.⁹⁸ Por lo que se refiere a la legislación española, la competencia para la creación de servicios de atención y orientación a los extranjeros puede encontrarse en el título "servicios locales" que la legislación sobre régimen local reconoce a los municipios. En esta línea podemos destacar el artículo 25.2.k) de la LBRL, que 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, en todo caso, ejercer la prestación de servicios sociales.

Los servicios locales de atención y orientación a los extranjeros constituyen un elemento fundamental para desarrollar las políticas locales en este ámbito. A través de la información que estos centros proporcionan, se posibilita el acceso de los extranjeros a los recursos sociales y facilita el proceso de integración y participación de la población inmigrante. Estos servicios son gestionados en la mayoría de las ocasiones con la participación y colaboración de ONG, asociaciones, fundaciones, sindicatos y, en general, por entidades sin ánimo de lucro.

La importancia de este servicio lo pone de relieve el incremento del número de personas que han sido atendidas a través del mismo. Por poner un ejemplo relevante, cabe aludir al Programa de atención municipal primaria del Ayuntamiento de Barcelona, cuyos usuarios son atendidos a través del Servicio de Atención a Inmigrantes Extranjeros y Refugiados (SAIER). Así, en un período de cinco años han pasado a ser atendidos en el Punto de Información: en el año 1996 unas 1.913 personas, cifra que en el año 2000 ha pasado a 7.085 ciudadanos extranjeros. A partir del Punto de Información son derivados a los diferentes servicios que son llevados a cabo por las diversas entidades: Centro de Información al Trabajador Extranjero (CITE), Associació Catalana de Solidaritat i Ajuda al Refugiat (ACSAR), Cruz Roja y Co-

legio de Abogados.

Asimismo, cabe destacar que la Diputación de Barcelona ha establecido la red de Oficinas de Información y Asesoramiento a los Inmigrantes (OFIM) que son puntos de servicios de información y asesoramiento jurídico especializado, ubicadas en el territorio y útiles en cuestiones derivadas del estatus legal y la situación social del colectivo inmigrante, que tienen como objetivo favorecer la integración social de las personas inmigrantes facilitando su regularización. Estas oficinas ofrecen información y asesoramiento para la tramitación de permisos de trabajo y/o residencia, reagrupación familiar (contingentes, expediciones de visados, nacionalizaciones, estancias, tarjetas de estudiante, solicitud de los NIE y alegaciones contra la expulsión), así como asesoramiento sobre la Ley de extranjería y su reglamento. Sus destinatarios son los miembros del colectivo inmigrante, principalmente los que están en peligro de exclusión social. Los usuarios son atendidos por técnicos de bienestar social municipal y otros entes locales y entidades de la provincia.

El papel de las diputaciones resulta, por tanto, necesario en sus funciones de apoyo y asistencia jurídica a los municipios en el ámbito de la inmigración, impulsando la realización de programas.⁹⁹ De esta forma, tanto la LBRL como la legislación autonómica de servicios sociales acostumbra a atribuir a las diputaciones funciones de "asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión" [artículo 36.1.b) de la LBRL]. Dicha asistencia tendrá, además, carácter preferente respecto a los servicios municipales mínimos que de acuerdo con el artículo 26 deben prestar los municipios, entre los que se encuentran los de servicios sociales.

4.3. Las alternativas para la ampliación del marco competencial de las entidades locales

Con independencia del marco formal de competencias atribuidas por la legislación vigente, las actividades municipales en materia de servicios sociales tienen una dinámica propia que tiene una expansión más acelerada que la que llevan a cabo el Estado y las comunidades autónomas.¹⁰⁰ Se trata, en muchas ocasiones, de una situación fáctica en la que las entidades locales hacen

98. El artículo 12 de la Carta Europea lleva como título precisamente el de "Derecho general a los servicios públicos de protección social". En este precepto se señala que: "1. Las ciudades signatarias consideran las políticas sociales como parte decisiva de las políticas de protección de los derechos humanos y se comprometen a garantizarlos en el marco de sus competencias. 2. Se reconoce el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a acceder libremente a los servicios municipales de interés general. Para ello, las ciudades signatarias se oponen a la comercialización de los servicios personales de ayuda social y velan para que existan servicios fundamentales de cali-

dad a precios aceptables en otros sectores de los servicios públicos. 3. Las ciudades signatarias se comprometen a desarrollar políticas sociales, especialmente destinadas a los más desfavorecidos, como forma de rechazo a la exclusión y en la consecución de la dignidad humana y de la igualdad."

99. Vid. PELÁEZ, L.; DONALDSON, M.; R. GONZÁLEZ; MONTARDIT, A., "Las redes de apoyo a la inmigración y las políticas locales: El caso del programa Icària", en BLANCO, I.; GOMÀ, R. (eds.), *Gobiernos locales y redes participativas*, Barcelona: Ed. Ariel.

100. Vid. NIETO GARCÍA, A., "La organización de las administraciones públicas para el servicio del bienestar", *op. cit.*, p. 565.

frente a determinadas situaciones que no son atendidas ni por el Estado ni por las comunidades autónomas. La proximidad a los destinatarios de estas medidas, así como la concienciación social de los gobiernos de algunos ayuntamientos, ha llevado a la movilización de las entidades locales en incrementar las prestaciones sociales. Con todo, debe señalarse la existencia de otros municipios que no desarrollan políticas sociales a favor de los inmigrantes, por el temor de convertirse en focos de atención de inmigrantes, llegando incluso a rechazar los fondos necesarios para llevarlas a cabo.

La financiación de los servicios sociales en el ámbito local, especialmente de asistencia primaria, se instrumenta, como hemos señalado anteriormente, a través de los planes concertados de prestaciones básicas de servicios sociales.¹⁰¹ Se trata de un programa que se desarrolla a través de fórmulas de cooperación y concertación de las administraciones públicas, a iniciativa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la que se establecen una serie de compromisos que deben respetar las partes.¹⁰²

Para A. Ripoll Spiteri los planes concertados, si bien son válidos como modelo general de financiación de los servicios sociales, tienen una serie de características que no aseguran la consolidación del sistema, entre las que podemos citar las siguientes: a) el sistema depende de la cantidad que cada año se consigne en los presupuestos generales; b) la falta de seguridad financiera comporta que normalmente la contratación por las corporaciones locales de profesionales en este ámbito tenga carácter eventual o temporal; c) la gestión de los convenios y las transferencias implica que los fondos lleguen efectivamente a las corporaciones locales cuando el ejercicio está muy avanzado, y d) la existencia de este modelo no supone necesariamente la regulación de unos derechos subjetivos con su correspondiente sistema de financiación.¹⁰³

Si bien la previsión de estos programas y fondos destinados específicamente a las entidades locales para la cobertura de los servicios sociales de atención primaria ha venido suponiendo un avance en este ámbito, se plantea en qué medida podría profundizarse en un

marco jurídico que permitiera mayores recursos destinados a los entes locales, para atender de una forma más adecuada el fenómeno de la inmigración y evitar un desbordamiento de los servicios municipales.

Ello plantea la posibilidad de un título específico sobre atención y asistencia social a los inmigrantes en la legislación de régimen local. La especificidad de un título competencial debe buscarse en la necesidad de normalizar el acceso de los extranjeros a los servicios públicos municipales, de forma que se haga efectiva su integración en la sociedad española. Además de suponer la ampliación del ámbito competencial de las entidades locales, ello podría suponer la necesidad de prever programas y fondos específicos para atender estas competencias. Si, además, se considerara como un servicio público obligatorio para los municipios se evitaría la situación en que algunos municipios pudieran rechazar fondos, con el pretexto de querer evitar convertirse en focos de atracción de inmigrantes.

La justificación de un título competencial específico vendría dada, en cualquier caso, por cuanto la atención y la asistencia social a los inmigrantes, en cuanto posibilita la integración social de los inmigrantes, entra dentro de los intereses propios de los entes locales a que se refiere el artículo 137 de la CE y el artículo 2 de la LBRL. Se trata de aquellos cometidos que se hacen presentes y que pueden resolverse dentro del espacio territorial del municipio sin que la simple proyección de un problema fuera de los límites municipales lo convierta sin más en supralocal,¹⁰⁴ en cuanto estos asuntos afectan directamente al círculo de sus intereses.

Otra vía posible sería la ampliación competencial a través de la delegación de competencias que posibilita, como hemos visto, el artículo 27 de la LBRL, que hace posible la delegación del Estado y de las comunidades autónomas a favor de los entes locales, bien con carácter obligatorio, a través de ley, o bien de forma voluntaria a través de la formalización del correspondiente convenio. Con todo, debe recordarse que el Consejo de Europa está insistiendo en la necesidad de "dar preferencia a la atribución de competencias propias por encima de la delegación de competencias, lo que implica

101. De acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: "En 12 años de vigencia del plan, la cobertura poblacional se acerca a los 6.600 municipios y 36 millones de habitantes. El número de equipamientos financiados alcanza los 1.154, de los que 1.118 corresponden a centros de servicios sociales que, como se ha expuesto con anterioridad, son la referencia del sistema; de estos dependen 194 equipamientos complementarios. De los 36 proyectos restantes, 15 corresponden a albergues y 21 a centros de acogida. Para todo ello, las aportaciones financieras de las tres administraciones públicas a final de 1999 superan los 64.000 millones de pesetas. El empleo generado, directo o indirecto, en la misma fecha, está por encima de los 20.000 profesionales."

102. Los compromisos entre las administraciones concertantes son de gestión, económicos o de financiación, de asistencia técnica y de información. Por lo que se refiere a la gestión el Plan concertado establece que

corresponde a las corporaciones locales la titularidad y la gestión de los equipamientos. En relación a la financiación se realiza una asignación específica en los Presupuestos Generales del Estado, las comunidades autónomas se comprometen a aportar una cantidad igual o superior y la asignación de las entidades locales se realizará por la comunidad autónoma atendiendo a las circunstancias que en cada caso puedan concurrir. También se establecen compromisos de cooperación técnica y una información que se materializa en una documentación homogénea aprobada por una comisión de seguimiento.

103. Vid. RIPOLL SPITERI, A., "La financiación de los servicios sociales municipales", en *La Cristalera, Revista de Asuntos Sociales*, 4, 1994, pp. 38-41.

104. Por todos, vid. SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, 7.^a ed., Pamplona: Aranzadi, 2002.

una reducción de controles de oportunidad”.

También debe señalarse la vía que ofrece el artículo 28 de la LBRL, en cuanto dispone que los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente. Una vía posible de interpretación de este precepto sería la de considerar que la actividad de los entes locales puede extenderse en estos ámbitos a todo aquello no realizado por las administraciones estatal y autonómicas. El problema que puede plantear es el de la financiación de estas actividades, que puede recaer en los propios entes locales. Por tanto, sin perjuicio de que en determinados casos pueda llegar a ser necesaria la invocación de este título competencial para la realización de actividades que permitan la integración social de los inmigrantes, resulta más adecuado la fórmula de la asignación de competencias propias.

4.4. La participación en la gestión de los servicios sociales locales del tercer sector

El fenómeno del tercer sector en el ámbito de la inmigración debe enmarcarse en la necesidad de establecer cauces de comunicación y de relación entre Estado y sociedad civil.¹⁰⁵ La crisis del Estado del bienestar, en que las administraciones se ven incapaces de responder a todas las demandas que le exige la sociedad civil, ha llevado a buscar una colaboración entre ambas que impulse los valores de solidaridad. Tal relación debe plantearse, por tanto, en término de colaboración, que no de sustitución, ya que la Administración se rige por el principio de irrenunciabilidad de sus competencias (artículo 12.1 de la LRJPAC). Por tanto, la existencia del tercer sector no puede servir de pretexto a las administraciones públicas para hacer dejación de las responsabilidades que le encomienda el ordenamiento jurídico.

La denominación de tercer sector responde a la idea de la estructuración de la sociedad en tres grandes ámbitos: a) el constituido por el “sector público”, formado por las administraciones públicas, los organismos autónomos y las empresas públicas; b) el formado por el sector privado empresarial, que tiene como finalidad el ánimo de lucro, y c) el integrado por todas aquellas entidades que no pueden encuadrarse en las categorías

anteriores.¹⁰⁶

Las notas que caracterizan el tercer sector deben, por tanto, deducirse por exclusión. Estas notas son, fundamentalmente, el carácter privado de estas entidades y el no tener ánimo de lucro. Tales entidades surgen de la iniciativa privada y persiguen unos objetivos de solidaridad que supongan un incremento en la calidad de vida de estas personas.

La principal característica del tercer sector en el ámbito de la inmigración es la heterogeneidad, tanto en las fórmulas organizativas adoptadas y en su composición como en los medios que disponen para llevar a cabo sus cometidos. Así, algunas de estas organizaciones mantienen una estrecha vinculación con la Administración pública, como es el caso de Cruz Roja, otras dependen de la Iglesia católica, como Cáritas Diocesana, o de los sindicatos; otras surgen en cambio de sectores sociales solidarios, como las asociaciones de vecinos, o trabajan en un ámbito concreto, como las ONG, para la cooperación y el desarrollo.

Las asociaciones implicadas en el ámbito de la inmigración pueden clasificarse en tres grandes tipos: las asociaciones de inmigrantes, las asociaciones mixtas y las ONG.¹⁰⁷ Las primeras serían las que agrupan básicamente a personas de una misma procedencia, tanto residentes como nacionalizadas. En cambio, las mixtas son entidades formadas por inmigrantes y autóctonos que nacen para dar respuesta a las necesidades los inmigrantes, defender sus derechos, sensibilizar a la sociedad receptora, guiadas, sobre todo, por la voluntad de crear espacios de relaciones interculturales positivas. Las ONG son asociaciones a favor de los inmigrantes surgidas desde la sociedad civil.

El tercer sector en el ámbito de la inmigración debe contar obviamente con los destinatarios de su actuación. Ello plantea el problema de en qué medida el ordenamiento jurídico español reconoce a los inmigrantes la posibilidad de crear asociaciones o integrarse en las mismas. La LODYLE al regular la libertad de asociación establece en su artículo 8: “Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.” Se subordina, por tanto, a la necesidad de estar en situación regular para poder ejercer dicho derecho. De hecho, con esta regulación el legislador condiciona una libertad hasta tal punto de llegar a pro-

105. La importancia del tercer sector en el ámbito de la inmigración se pone de relieve en la Memoria 2001 del IMSERSO en donde se señalan las subvenciones y los convenios de colaboración firmados con ONG para llevar a cabo programas para la promoción y la integración social de refugiados, inmigrantes, solicitantes de asilo y desplazados. La memoria puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: www.seg-social.es/imserso/organismo/docs/i0_memo01c061.html.

106. Para una síntesis de la construcción teórica del tercer sector, *vid.*

MOLLEVÍ BORTOLÓ, J., “Los servicios sociales de atención a los ancianos y el voluntariado”, en TORNOS MAS, J. (ed.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, Colección Políticas de Bienestar Social, pp. 481-485.

107. *Vid.* CRESPO UBERO, R., “Asociacionismo inmigrante”, en AA.VV., *II Informe sobre inmigración y trabajo social*, Barcelona: Diputación de Barcelona, Área de Servicios Sociales, 1997, en especial pp. 323-326.

hibirla.

Los tribunales han señalado que el artículo 22 de la CE, si bien al regular el derecho de asociación no distingue entre españoles y extranjeros, debe ponerse en relación con el artículo 13 de nuestra Carta Magna. Este artículo establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas en los términos que reconozcan los tratados y la ley. La jurisprudencia constitucional ya examinó el derecho de asociación en la regulación que efectuaba la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (STC 115/1987, de 7 de julio). En esta jurisprudencia, si bien se señala que de acuerdo con el artículo 13 de la CE el legislador puede establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, para ello ha de respetar en cualquier caso, las prescripciones constitucionales. El que sean derechos de configuración legal no implica que su titularidad y su ejercicio puedan dejarse al libre arbitrio del legislador. La STC concluía declarando la inconstitucionalidad de las medidas de intervención administrativa en cuanto resultaban incompatibles con la garantía del derecho de asociación que la CE reconoce también a los extranjeros.

En conclusión, la titularidad de este derecho fundamental está ligada a las personas y no a la situación administrativa en la que se encuentran. Ello ha comportado que la limitación del ejercicio del derecho de asociación a los residentes ha sido uno de los motivos que han fundamentado el recurso de inconstitucionalidad contra la LODYLE por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista.¹⁰⁸ Cabrá, por tanto, esperar la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva el recurso de inconstitucionalidad sobre estos preceptos de la LODYLE.

Por lo que se refiere a la participación del tercer sector en la gestión de los servicios públicos en el ámbito local, cabe aludir a la especial importancia que tienen los servicios de información y acogida de inmigrantes que se canalizan a través de convenios de colaboración entre entidades locales. La normativa general, cuando regula el tercer sector en el ámbito de la inmigración, lo hace fundamentalmente desde la perspectiva del apoyo al movimiento asociativo de los inmigrantes (así cabe recordar el artículo 69 de la LODYLE) y de su participación en diversos órganos de carácter consultivo.

Las leyes autonómicas sobre servicios sociales suelen prever la colaboración del tercer sector en la gestión de tales servicios. Cabe señalar, con todo, que dichas leyes se refieren más bien a los requisitos que deben cumplir para recibir subvenciones o para establecer convenios,

como puede ser la previa inscripción en un registro público. Por tanto, el ámbito de colaboración en la gestión de los servicios sociales por el tercer sector es todavía impreciso. Quizá por ello sería adecuado un marco normativo que delimitara en qué ámbitos puede darse la colaboración del tercer sector, distinguiendo según el tipo de prestaciones. De esta forma, se favorecería la creación de entidades y asociaciones que reunirían una serie de requisitos, exigencias y características idóneas para la prestación de un servicio social, sometidas al necesario control administrativo y social por estar financiados con fondos públicos.¹⁰⁹

La legislación de extranjería realiza escasas menciones en relación con la participación del tercer sector en la realización de prestaciones sociales. Un cauce de colaboración y participación en el que se alude específicamente es el de programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros, previsto en el artículo 63 del RELODYLE. Según este precepto, la venida de menores extranjeros a España, en programas promovidos y financiados por las administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones, por razones humanitarias para estancias temporales con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, necesitará la autorización expresa de quien ostente la patria potestad o tutela, así como un informe previo favorable del subdelegado del Gobierno, o del delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vayan a permanecer. Será preciso el informe del órgano de la comunidad o comunidades autónomas competente en materia de protección de menores, emitido a iniciativa de la entidad promotora del programa.

La legislación prevé también la colaboración de las asociaciones en la asistencia sanitaria y los servicios sociales a extranjeros que se encuentran en los centros de internamiento, tal y como prevé el artículo 6 de la Orden de 22 de febrero de 1999. Esta orden, que debe considerarse vigente en todo aquello que no se oponga a la LODYLE y a su reglamento de ejecución, señala que la Administración facilitará especialmente la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la ayuda de los extranjeros, que deberán respetar en todo caso las normas de régimen interno del centro. Además, se prevé la fórmula del concierto con entidades públicas y privadas, sin ánimo de lucro, con cargo a los programas de ayuda legalmente establecidos en las correspondientes partidas presupuestarias.

La participación del tercer sector también puede tener un papel relevante con relación a la actividad de fomento llevada a cabo por las administraciones públi-

108. El texto del recurso de inconstitucionalidad y de los diversos informes jurídicos que se elaboraron instando su presentación pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: www.reicaz.es/extranjeria.

109. Vid. ALONSO SECO, J. M.; GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales...*, op. cit., pp. 529-530.

cas, y, por tanto, la Administración local, en el ámbito de la inmigración. El artículo 69 de la LODYLE establece el mandato a los poderes públicos de impulsar el apoyo al movimiento asociativo de los inmigrantes a través de programas generales y actividades específicas. Ello supone concebir la actividad de las asociaciones no sólo desde su posición reivindicativa frente a la Administración, sino en una verdadera función de cooperación con la propia Administración en muchas ocasiones. Cabe señalar, sin embargo, que respecto a la actividad de fomento, las asociaciones, además de ser destinatarias de esta actividad, pueden jugar un importante papel de intermediación entre la Administración y el extranjero destinatario de la subvención. Pensemos que los inmigrantes extranjeros presentan ciertas reticencias a relacionarse con las administraciones, incluso cuando pueden verse beneficiados por su actividad. Las asociaciones pueden operar no sólo como meras instancias dirigidas a asesorar y tramitar las solicitudes, sino también como receptores de las ayudas que a su vez proceden a distribuir las entre los inmigrantes. Así ha ocurrido con ciertas ayudas extraordinarias en materia de asilo mientras está en tramitación la solicitud.

También debe destacarse el importante papel que el tercer sector juega en el campo de la información a los extranjeros sobre las vías en las que pueden acceder a su regularización o evitar la aplicación de medidas de alejamiento de territorio español. En cualquier caso cabe tener en cuenta que la integración de los inmigrantes pasa ante todo por su regularización, siempre que ello sea posible y de acuerdo con el marco jurídico vigente. En cualquier caso, el campo de la asistencia jurídica y de intérprete normalmente se lleva a cabo a través de convenios con los colegios de abogados.

Donde las asociaciones han tenido más peso a través de sus propios servicios jurídicos es, por ejemplo, en materia de asilo. Así, por ejemplo, la legislación prevé que las asociaciones emitan informes en la tramitación de las solicitudes de asilo (artículo 24 del Real decreto 203/1995) y de reconocimiento del estatuto de apátrida (artículo 8 del Real decreto 865/2001). Tales informes, que serán redactados cuando existan elementos suficientes que lo justifiquen, pueden jugar un papel muy relevante de cara a la estimación final de la solicitud.

Otro campo puede ser la realización de convenios para la presentación de solicitudes de regularización (así lo estableció el artículo 2.3 del Real decreto 239/2000 y la Resolución de 20 de marzo de 2000). Normalmente, la colaboración se realiza reservando un día y una hora concretos para despachar con la correspondiente asociación la presentación de tales solicitudes. Con ello se mitigan las largas colas que muchos extranjeros realizan frente a las sedes de las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno. Tal colaboración debería ir más allá de la mera reserva de un día y una hora para la presentación

de solicitudes y que la asociación pudiera tener un papel más relevante en cuanto al examen y a la valoración o la evaluación de la solicitud por parte de los órganos administrativos competentes. De esta forma, podría pensarse en establecer comités de evaluación de las solicitudes en los que estuviera presente un representante de las asociaciones.

También la colaboración de las asociaciones puede canalizarse a través de la emisión de documentos acreditativos de que el extranjero vive efectivamente en un determinado domicilio a efectos de su inscripción en el correspondiente padrón municipal. Ello quizá pueda suponer una agilización de los trámites administrativos de que el extranjero vive efectivamente en la vivienda que señale. Ya hemos visto la importancia del padrón municipal como uno de los instrumentos posibles que permiten tanto la regularización del extranjero como el acceso a determinadas prestaciones y servicios públicos.

5. Conclusión y valoración general: la relevancia de las competencias locales en la aplicación del marco jurídico de la inmigración

El examen de las competencias locales pone de relieve, sin lugar a dudas, su relevancia para una efectiva aplicación del marco jurídico de la inmigración. Tal y como se ponía de relieve en la primera parte de este estudio, es en el ámbito de las administraciones locales donde se constatará el éxito o el fracaso de la legislación sobre extranjería e inmigración.

En primer lugar, la integración social de los inmigrantes supone una superación de la concepción tradicional de la inmigración como una competencia que sólo atañe al Estado, y ello por dos razones: a) la efectividad de los derechos sociales en que se basa la integración depende de la aplicación de competencias sectoriales que se atribuyen a las comunidades autónomas y a los entes locales, y b) la integración empieza por un régimen adecuado de entrada y permanencia que es, en definitiva, la llave de los demás derechos. En este punto, resultaría conveniente que Estado, comunidades autónomas y entes locales colaboraran de forma efectiva en la definición y la aplicación de las políticas públicas para dar una respuesta adecuada a los flujos migratorios.

En segundo lugar, a todo ello se añade la necesidad de aproximar la ejecución de las políticas públicas a sus destinatarios. Las administraciones locales se encuentran con las bolsas de inmigración irregular, ante las cuales los controles administrativos que son responsabilidad de la Administración del Estado no han sido efectivos, y deben atender para evitar que caigan en la marginación y en la ilegalidad. Ante esta situación fáctica, las administraciones locales, si bien proceden a dar respuestas a las necesidades planteadas, ven cómo se

desbordan en determinadas ocasiones sus servicios públicos.

En tercer lugar, para la definición de las políticas públicas locales y para el efectivo ejercicio de derechos por parte de los inmigrantes cobra una especial trascendencia el padrón municipal. La Administración local está obligada al empadronamiento de aquellos extranjeros que efectivamente habitan en su término municipal con independencia de su situación administrativa. La necesaria confidencialidad del padrón municipal queda excepcionada en algunos casos, debido a las exigencias de colaboración en determinados casos, sin que ello autorice, sin embargo, las cesiones indiscriminadas de datos.

En cuarto lugar, la integración social de los inmigrantes entra dentro de los intereses propios de los entes locales en cuanto permiten asegurar la convivencia y la cohesión social de la población que efectivamente reside en su término municipal. Ello lleva a asegurar una presunción de competencias a favor de los entes locales que el legislador sectorial, ya sea estatal o autonómico, debe respetar como consecuencia de la garantía constitucional de la autonomía local.

En quinto lugar los derechos sociales de los extranjeros que el legislador estatal regula en la LODYLE constituyen un mínimo que los legisladores autonómicos pueden ampliar en el ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social. Así, el alcance del artículo 149.1.2 de la CE respecto a los derechos sociales de los extranjeros estaría en delinear un marco previo en el cual los legisladores autonómicos tendrán un amplio margen de actuación, pues entenderlo de otra forma comportaría un progresivo apoderamiento de competencias por el Estado junto a un correlativo desdibujamiento de las competencias autonómicas.

En sexto lugar, el ejercicio de las competencias que la legislación atribuye a los entes locales en el ámbito de la integración social, especialmente en el ámbito de los servicios sociales, puede quedar condicionada por el Estado y las comunidades autónomas. Por ello, sin perjuicio de que el Estado pudiera establecer algunos programas generales relacionados con los inmigrantes que se materializaran a través de convenios con las comunidades autónomas y los entes locales, a mi entender no queda suficientemente justificada una intervención centralizada de la Administración del Estado a través de la creación de órganos, la aprobación de estatutos, así como la determinación de las prestaciones.

En séptimo lugar, para llevar a cabo la ejecución de estas políticas públicas sería conveniente la creación de fondos específicos destinados a los entes locales que permitan dar una respuesta adecuada a las diversas situaciones que plantea la inmigración. Estos fondos deben acompañarse del reconocimiento de un título específico en materia de asistencia social a los inmi-

grantes, así como el establecimiento de servicios públicos de obligado cumplimiento para determinados municipios. Este título competencial se justificaría en la necesidad de normalizar el acceso de los inmigrantes a los servicios públicos municipales, de forma que se consiguiera una integración efectiva en la sociedad de acogida.

Y finalmente, en la aplicación de estas políticas públicas resulta necesario la potenciación de la participación del tercer sector. Con ello se puede canalizar los esfuerzos de la sociedad civil y coordinarlos de una forma efectiva con los poderes públicos que tienen competencias en el ámbito de la inmigración. No obstante, parece preciso determinar los ámbitos y las prestaciones que pueden llevar a cabo. Se trata, en definitiva, de favorecer la creación de entidades y asociaciones, si bien en las que concurren una serie de requisitos, exigencias y características que las hagan más idóneas para la prestación de servicios sociales. ■

Protección de datos personales y padrón municipal¹

Ignacio Villaverde Menéndez
*Profesor titular de Derecho Constitucional
de la Universidad de Oviedo*

1. Padrón y protección de datos.
2. Objeto, contenido y límites del derecho fundamental a la protección de datos y su proyección sobre el padrón municipal.
 - 2.1. El objeto: los datos personales.
 - 2.2. El contenido: el poder jurídico de disposición sobre los datos.
 - 2.3. Los límites del derecho fundamental a la protección de datos.
 - 2.3.1. El marco constitucional.
 - 2.3.2. La concreción legal de los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con el padrón.
 - 2.3.3. La obligatoriedad de los datos del padrón y los límites a los derechos a saber y a consentir.
 - 2.3.4. Los límites a los derechos de rectificación y cancelación.
3. Nota bibliográfica.

1. Este trabajo constituye la primera parte de un opúsculo de mayor extensión de pronta publicación en el que se estudia, además del objeto del presente artículo, la aplicación al padrón municipal de las reglas sobre creación

y registro de ficheros informatizados y sus medidas de seguridad, y el régimen jurídico del acceso y la cesión de los datos contenidos en el padrón municipal.

1. Padrón y protección de datos

La disposición adicional segunda de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD), dispone lo que sigue:

“Ficheros y registro de población de las administraciones públicas.

“1. La Administración General del Estado y las administraciones de las comunidades autónomas podrán solicitar al Instituto Nacional de Estadística, sin consentimiento del interesado, una copia actualizada del fichero formado con los datos del nombre, apellidos, domicilio, sexo y fecha de nacimiento que constan en los padrones municipales de habitantes y en el censo electoral correspondientes a los territorios donde ejerzan sus competencias, para la creación de ficheros o registros de población.

“2. Los ficheros o los registros de población tendrán como finalidad la comunicación de los distintos órganos de cada administración pública con los interesados residentes en los respectivos territorios, respecto a las relaciones jurídico administrativas derivadas de las competencias respectivas de las administraciones públicas.”

Esta norma establece, pues, dos reglas: de un lado, autoriza la cesión genérica de los censos de población en posesión del Instituto Nacional de Estadística a las administraciones estatal y autonómica sin consentimiento del interesado; de otro lado, impone un fin, tanto a la cesión como al uso de los censos de población. En el primer caso, la cesión universal lo será de los datos de los habitantes de los territorios en los que la administración cesionaria, esto es, la que solicita la cesión, ejerce sus competencias. En el segundo de los casos, y repárese en que es una regla general, el uso de los datos de los censos de población, tanto por quien los posee y gestiona (ayuntamientos e INE), como por las administraciones cesionarias, sólo puede emplearse con el fin de facilitar la comunicación de los distintos órganos de las diferentes administraciones afectadas con los residentes en el territorio en el que ejercen sus competencias y respecto de las relaciones jurídicas que medien entre dichas administraciones y los administrados.

Son varias las conclusiones que ya se pueden extraer de esta disposición adicional. En primer lugar, cualquier administración pública no puede crear censos de población. Estos censos sólo pueden crearlos los ayuntamientos, mediante la confección de los padrones municipales (artículo 17 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LBRL) y artículo 60 del Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por el Real

decreto 1690/1986, de 11 de julio –en adelante, RPT–), y el INE (con arreglo a lo que establece la Ley 12/1989, de 9 de mayo de 1989, de la función estadística pública –en adelante, LFEP–, para el censo de población del Estado; dejando a un lado el censo electoral y los cometidos de la Oficina del Censo Electoral, integrada en el INE, según lo dispuesto en la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general –en adelante, LOREG– en su sección III, capítulos III y IV).² En segundo lugar, las administraciones incompetentes para crear sus propios censos de población tienen la potestad de ser cesionarias del censo de población o del padrón correspondientes al territorio en el que, para el ejercicio de sus competencias, requieren el conocimiento de sus residentes, y a los solos efectos, pues así lo dispone el apartado 2 de esta disposición adicional, de la comunicación de dichas administraciones (parece que incluidas las cedentes también) con los administrados en las relaciones jurídicas que medien entre ambos. En tercer lugar, la cesión de datos universal prevista en el apartado primero es una excepción a la regla general sobre la cesión consentida de datos del artículo 11.1 de la LOPD, que debe sumarse a las previstas ya en el apartado segundo de este mismo precepto. En cuarto lugar, sólo se cederán los datos relativos al nombre, los apellidos, el domicilio, el sexo y la fecha de nacimiento. Y en quinto y último lugar, esa cesión sólo podrá realizarla el INE.

Así pues, los ayuntamientos sólo podrán hacer uso del padrón, con arreglo a lo dispuesto en la LOPD, para comunicarse con sus vecinos “respecto a las relaciones jurídico-administrativas derivadas de las competencias respectivas de las administraciones públicas”; y, en principio, la LOPD no lo prevé como autoridad cedente de los datos de los vecinos de su demarcación territorial a otras administraciones, ya que esa cesión está encomendada al INE.

Este es el punto de arranque de la relación entre padrón municipal y protección de datos personales. Lo cierto es que la LOPD nada dice sobre esta institución. Sin embargo, de ello no cabe deducir que el padrón no está sujeto al régimen jurídico de protección de datos. Y ello por dos razones. En primer lugar, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 292/2000, en el ordenamiento jurídico español la protección de datos personales es un nuevo derecho fundamental ubicado en el artículo 18.4 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE). Por tanto, no se trata tan sólo de un derecho legal creado al tiempo que se cumplía con la reserva de ley establecida en ese precepto constitucional. Se trata, en cambio, de un verdadero derecho fundamental, con su propio objeto y contenido constitucional, y con el rango y la eficacia de

2. Recuérdese además la STC 154/1988, por la que se niega a las comunidades autónomas la competencia para crear sus propios censos electorales.

cualquier otro derecho fundamental de la Constitución española. Como tal se irradia a todo el ordenamiento jurídico, y lo hace, desde luego, sobre el padrón municipal. En segundo lugar, el padrón municipal también está sujeto a lo dispuesto en la LOPD. Cuando el artículo 2 de la LOPD define el ámbito de aplicación de esta ley orgánica, que lo es de desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos personales (artículo 18.4 de la CE), en ninguno de sus apartados excluye el padrón municipal.³

En efecto, los apartados a) y b) del artículo 2.3 de la LOPD, en el cual se establece qué tratamientos de datos están sujetos a su propia normativa, contemplan los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral y los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública. El primero es el censo electoral, regulado en el capítulo IV de la LOREG, y el segundo son los distintos y posibles *censos de población* sujetos a la LFEP o a las leyes autonómicas correspondientes.⁴ Ninguno de ellos es el padrón municipal. El padrón es un censo de población peculiar y específico sujeto a lo dispuesto en la LBRL y en el RPT, confeccionado y gestionado exclusivamente por los ayuntamientos, sin perjuicio de que sus datos sean la fuente para la confección de los censos de población del Instituto Nacional de Estadística y para la elabora-

ción del censo electoral. Pero se trata de un censo de población distinto de aquéllos, como se desprende en particular del artículo 44 de la LFEP, del artículo 17 de la LBRL o del propio artículo 60 del RPT.

Por otro lado, de la circunstancia de que el artículo 16 de la LBRL y el artículo 53.1 del RPT lo definan como el registro administrativo en que constan los vecinos del municipio, no es un obstáculo para la plena sujeción del padrón a la LOPD. Ciertamente, el padrón es un registro administrativo, sometido por tanto a lo dispuesto en el artículo 105.b) de la CE, que remite a la ley la regulación del acceso a los archivos y a los registros administrativos. Pero es un registro peculiar en el sentido de que está compuesto únicamente por los datos personales de quienes sean vecinos de ese municipio (artículo 16 de la LBRL y 57 del RPT), y su gestión debe ser informática (artículo 17 de la LBRL y 60 del RPT).⁵ Así pues, el padrón no es sino un “conjunto organizado de datos de carácter personal” [artículo 3.b) de la LOPD], que en cuanto tal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LOPD,⁶ está sujeto a las normas sobre protección de datos personales establecidas en ella y demás legislación concordante, en particular el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981⁷ (en adelante, el Convenio), la Direc-

3. Artículo 2.2 de la LOPD: “El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente ley orgánica no será de aplicación: a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. b) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. c) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos. 3. Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta ley orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral. b) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública. c) Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas. d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes. e) Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia.”

4. En la actualidad, poseen legislación estadística: Andalucía, Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Aragón, Decreto 208/1993, de 7 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se crea el Instituto Aragonés de Estadística y se regula su funcionamiento; Canarias, Decreto 208/1993, de 7 de diciembre; Cantabria, Ley 3/1990, de 21 de marzo, de estadística de Cantabria; Castilla y León, Ley 7/2000, de 11 de julio, de estadística de Castilla y León; Castilla-La Mancha, Ley 10/2002, de 21 de junio, de estadística de Castilla-La Mancha; Cataluña, Ley 23/1998, de 30 de diciembre, de estadística de Cataluña; Comunidad Valenciana, Ley 5/1990, de 7 de junio, de estadística de la Comunidad Valenciana; Galicia, Ley 9/1988, de 19 de julio, de estadística de Galicia; Baleares, Ley 3/2002 de 17 de mayo, de estadística de las Islas Baleares; Madrid, Ley 12/1995, de 21 de abril, de estadística de la Comunidad de Madrid; Murcia, Ley 6/2002, de 25 de junio, de estadística de la Región de Murcia; Navarra, Ley

foral 11/1997, de 27 de junio, de estadística de Navarra; País Vasco, Ley 4/1986, de 23 de abril, de estadística de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

5. Incluso la comunicación interadministrativa de datos del padrón o relevantes para el mismo debe hacerse, siempre que sea posible, por medios informáticos o telemáticos “respetando las instrucciones normalizadoras sobre tratamiento de la información que se dicten al efecto”, como dispone el artículo 64.1 del RPT. No obstante, la cuestión relativa a si el padrón es o no un fichero informatizado es irrelevante, salvo a los efectos del plazo para su registro en la Agencia de Protección de Datos con arreglo a la disposición adicional primera LOPD, ya que esta misma LOPD se aplica indistintamente a cualquier tipo de fichero de datos personales sea cual sea su modalidad de tratamiento, informático o manual [artículo 2.1, en relación con el artículo 3.b) de la LOPD].

6. “La presente ley orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado. Se regirá por la presente ley orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal: a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.”

7. Dicho Convenio estuvo precedido de varias resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (las número 73/22, 74/29 y 80/13) y dio lugar a una larga serie de recomendaciones (las número 81/1, 83/10, 85/20, 86/1, 87/15, etc.), de las que deben destacarse ahora la Resolución 74/29, sobre bancos de datos electrónicos en el sector público, y las recomendaciones 80/13, sobre intercambio de informaciones jurídicas, 83/10, sobre datos con fines de investigación científica y de estadísticas, 86/1, sobre datos con fines de seguridad social, 87/15, respecto de los empleados en el sector de la policía, 89/2, sobre los datos con fines de empleo –también en el sector público–. Téngase en cuenta también las directrices aprobadas por el Consejo de la OCDE el 23 de septiembre de 1980 sobre protección de la vida privada y los flujos transfronterizos de datos de carácter personal y el instrumento de ratificación (BOE de 5 de abril de 1994) del Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de

tiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, la Directiva).⁸ Textos a los que debe unirse la Recomendación 81/679/CEE, y más recientemente el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge expresamente en su elenco el derecho a la protección de datos personales. Por último, la LOPD ha dejado subsistente, en cuanto no se opongan a la presente ley (disposición transitoria tercera), los tres reglamentos que desarrollaron la derogada Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal: los reales decretos 428/1993, de 26 de marzo, por el que se regula el estatuto de la Agencia de Protección de Datos, el 1332/1994, de 20 de junio, que desarrolla en diversos aspectos la LORTAD, el 994/1999, de 11 de junio, que regula las medidas de seguridad de las bases de datos, y el 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implantar dichas medidas de seguridad.

Que esto sea así, como se verá, tiene gran importancia para determinar, por ejemplo, cuál es la ley, a la que remite el artículo 105.b) de la CE, que regula el acceso a este “registro” de vecinos del municipio y, en consecuencia, cuál haya de ser el régimen jurídico del acceso a la información contenida en ese registro y sus límites; o la adopción de las medidas de seguridad para los ficheros de datos personales impuestas por la LOPD (artículo 9) y precisadas en el Reglamento 994/1999, de 11 de junio; o en lo relativo a la identificación del responsable y del encargado de ese fichero [artículo 3.d) y g)].

En suma, el padrón es, al tiempo que un registro administrativo de vecinos, un fichero informatizado (“automatizado” en la terminología de la LOPD) de sus datos personales, cuyo régimen jurídico, además del estable-

cido en la LBRL, que lo crea y lo regula, y el RPT, que desarrolla lo dispuesto en la LBRL, es el previsto en la LOPD en lo relativo a la protección de los datos personales de los vecinos en él contenidos.

Ahora bien, el régimen jurídico de la protección de datos no sólo se limita a lo dispuesto en la LOPD, la normativa convencional y los Reglamentos de desarrollo aludidos. Antes de nada es una cuestión constitucional.

Tras la STC 292/2000, el ordenamiento jurídico español posee un nuevo derecho fundamental a la protección de los datos personales, garantizado en el artículo 18.4 de la CE. Este derecho fundamental posee un objeto, contenido y límites definidos con toda claridad en la mencionada sentencia que no ha dejado lugar a dudas ni sobre el rango de este nuevo derecho ni sobre su contenido esencial ni sobre su eficacia directa. Por tanto, e incluso con independencia de que el régimen legal de la protección de datos se extienda o no al padrón municipal, es asunto indubitado que el padrón está sujeto, naturalmente, al contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental a la protección de datos. Por ello, su régimen jurídico-constitucional, al margen de lo que disponga la LBRL, el RPT o la propia LOPD, está definido ya en el artículo 18.4 de la CE, cuyo contenido pasamos a exponer a continuación y que debe ser escrupulosamente respetado tanto por las normas que regulan el padrón como por su gestión administrativa, so pena de vulnerar el artículo 18.4 de la CE.

2. Objeto, contenido y límites del derecho fundamental a la protección de datos y su proyección sobre el padrón municipal

Ha sido el Tribunal Constitucional quien ha considerado que en el apartado 4 del artículo 18 de la CE se garantizaba un nuevo derecho fundamental: el derecho fundamental a la protección de los datos personales.⁹ El pro-

1985, capítulo III, “Protección de datos de carácter personal y seguridad de los datos en el marco del Sistema de Información de Schengen”.

8. Deben tenerse presentes las directivas 96/9 de la CE, sobre protección jurídica de las bases de datos, que ha sido traspuesta por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, y la 97/66/CE sobre procesamiento de datos personales y la protección de la vida privada en el sector de las telecomunicaciones. Téngase en cuenta también las resoluciones de 8 de mayo de 1979 (y la recomendación aneja) y de 9 de marzo de 1982 del Parlamento Europeo sobre la protección de los derechos de la persona ante el desarrollo de los progresos técnicos en el ámbito de la informática.

9. Así lo ha hecho en la capital Sentencia 292/2000 (y en su antecedente más inmediato, la STC 290/2000), de inexcusable lectura y estudio, que estimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra los artículos 21.1 y 24.1 y 2 de la LOPD (deben citarse también las STC 110/1984, 254/1993, 143/1994, 11/1998, 94/1998, 144/1999 y 202/1999). Dicha sentencia define con una claridad y firmeza inusuales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional su contenido, su objeto y sus límites. Dice esta STC 292/2000, fundamento jurídico 6: “Sin necesidad de exponer con detalle las

amplias posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales ni los indudables riesgos que ello puede entrañar, dado que una persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad, es suficiente indicar ambos extremos para comprender que el derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) no aporte por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico. [...] Ahora bien, con la inclusión del vigente artículo 18.4 de la CE el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía ‘como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona’, pero que es también, ‘en sí mismo, un derecho o libertad fundamental’ (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6). Preocupación y finalidad del constituyente que se evidencia, de un lado, si se tiene en cuenta que desde el anteproyecto del texto constitucional ya se incluía un apartado similar al vigente artículo 18.4 de la CE y que éste fue luego ampliado al aceptarse una enmienda para que se incluyera su inciso final. Y más claramente, de otro lado, porque si en el

pósito de la protección de datos es la garantía del pleno dominio del individuo sobre su identidad personal. Ni se trata de proteger su intimidad, para lo cual ya existe el artículo 18.1 de la CE, que garantiza el derecho a tenerla (STC 134/1999), ni el honor, cuyo amparo debe buscarse también en el artículo 18.1 de la CE. La función del derecho a la protección de datos personales, parafraseando lo dicho por la STC 292/2000, es la de garantizar a la persona (nacional o extranjera, ya que se trata, sin duda, de un derecho ligado a la dignidad personal –STC 115/1987 y 99/1985–), un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para su dignidad y sus derechos, así como para oponerse a cualquier reconstrucción, conocida o no, de su identidad, su comportamiento o su ideología y su opinión a partir de sus datos personales por quien los posea.

El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos, e impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o la divulgación indebidos de dicha información (STC 144/1999 y 292/2000). El derecho a la protección de datos consiste, pues, en un poder sobre el uso del dato revelado, poniendo a disposición del afectado la facultad de controlar ese uso y el destino del dato que revela a un tercero con el fin de atajar el uso fraudulento o el tráfico ilegal de sus datos personales, e incluso cualquier evaluación de su persona que se haga a partir de ellos si la obtención, el almacenamiento y el tratamiento de esos datos se ha hecho sin su conocimiento y su consentimiento (STC 292/2000, artículo 13 de la LOPD).¹⁰

2.1. El objeto: los datos personales

El objeto del derecho fundamental a la protección de los datos personales es la información relativa a una persona que permita su identificación. En palabras de la LOPD [artículo 3.a)], “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” (véase también el artículo 1.4 del Real decreto 1332/1994, de 20 de junio).¹¹ Estos datos no tienen por qué ser “ínti-

mos”, ni siquiera ser informaciones relativas a su vida privada personal o familiar. El objeto del derecho fundamental son las informaciones que permitan la identificación de la persona, no que esa información sea relativa a aspectos de su vida más o menos confidenciales. No debe confundirse el objeto del derecho con su función en el marco de un sistema democrático. No cabe duda de que lo pretendido con la protección de datos es una más eficaz garantía de la vida íntima y privada de la persona. Pero también se persigue con la protección del buen uso de la información relativa a su persona el aseguramiento del “pleno ejercicio de sus derechos” (palabras del artículo 18.4 de la CE), no sólo de los relativos a su intimidad y su honor (que también enumera el aludido apartado 4 del artículo 18 de la CE); ni tan siquiera es necesario que esos derechos, cuyo pleno ejercicio también se persigue con la protección de datos, sean de rango constitucional.

“De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos –dice el TC en su Sentencia 292/2000–, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, pues el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 de la CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el artículo 18.4 de la CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio artículo 18.4 de la CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.” (STC 292/2000, fundamento jurídico 6)

Conviene reparar también en que, a nuestro juicio, la diferencia decisiva entre el derecho a la intimidad (artí-

debate en el Senado se suscitaron algunas dudas sobre la necesidad de este apartado del precepto dado el reconocimiento de los derechos a la intimidad y al honor en el apartado inicial, sin embargo fueron disipadas al ponerse de relieve que estos derechos, en atención a su contenido, no ofrecían garantías suficientes frente a las amenazas que el uso de la informática podía entrañar para la protección de la vida privada. De manera que el constituyente quiso garantizar mediante el actual artículo 18.4 de la CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto.”

10. Artículo 13. Impugnación de valoraciones. 1. Los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un

tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. 2. El afectado podrá impugnar los actos administrativos o las decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad. 3. En este caso, el afectado tendrá derecho a obtener información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizados en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto. 4. La valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado.

11. “Toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable.”

culo 18.1 de la CE) y el derecho fundamental a la protección de datos personales (artículo 18.4 de la CE), radica en que el primero protege la *confidencialidad* de la información relativa a una persona, mientras que el segundo garantiza el buen uso de la información relativa a una persona una vez ésta se ha revelado a un tercero.

El derecho a la intimidad presupone la falta de publicidad (de accesibilidad general) de la información personal, y pone a disposición del individuo el poder jurídico de imponer a terceros el deber de no revelar información relativa a su persona sin su autorización o de no obligarlo a que revele él mismo esa información en contra de su voluntad. Sin embargo, el derecho fundamental a la protección de datos garantiza a la persona el control jurídico sobre el uso y la circulación de la información personal que haya revelado a un tercero, sea éste un particular o sea el Estado. La información ya no es *íntima* porque ya ha sido revelada. Pero ese dato ya divulgado a un tercero no es por ello público (de acceso general), ni puede, por ello, circular libremente. El derecho fundamental a la protección de datos proporciona precisamente al interesado el poder jurídico de controlar en todo momento el uso y la circulación de sus datos una vez los haya revelado.¹² Por esta razón, el derecho fundamental a la protección de datos personales no es, en rigor, un derecho al secreto o a la confidencialidad de los datos (aunque uno de los posibles efectos que tenga su ejercicio es restringir al máximo el alcance de la publicidad actual o potencial del dato personal revelado), sino al control sobre su publicidad.¹³

Dice, en este sentido, la STC 292/2000 a continuación del párrafo antes transcrito:

“De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 de la CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo,

de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.”

No cabe la menor duda sobre el carácter de “datos personales” de aquellos datos que obligatoria, o también voluntariamente, deben constar en el padrón municipal. Con arreglo a los artículos 16 de la LBRL y 57 del RPT, dichos datos son: nombre y apellidos, sexo, domicilio, nacionalidad, fecha de nacimiento, documento nacional de identidad (o similar de tratarse de un extranjero), certificado o título escolar o académico, y otros datos necesarios para la elaboración del censo electoral (artículo 32.2 de la LOREG).

Este apartado no puede concluirse sin detenerse en la “calidad de los datos personales”. Es una expresión con la que se ha querido hacer referencia a los principios generales del tratamiento (automatizado o no) de los datos personales. Con arreglo al artículo 4 de la LOPD:

“Calidad de los datos.

“1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

“2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.

“3. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

12. De ahí que el régimen sobre la recogida de datos personales, siempre que no se destinen a un tratamiento, automatizado o no, posterior (no ya sobre su almacenamiento, artículos 4.7 y 5 de la LOPD), y sobre la obligatoriedad de la revelación por el afectado de cierta información relativa a su persona (caso por ejemplo de los datos del padrón enumerados en los artículos 16 LBRL y 57 RPT) sean más bien cuestiones encuadrables en el derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) que en el derecho fundamental a la protección de datos (artículo 18.4). En la fase de recogida de datos personales lo que se limita es el poder jurídico de la persona sobre la privacidad de informaciones relativas a ella, ya que con la recogida de datos lo que se hace, de forma obligatoria o voluntaria, es revelar información privada de la persona. A partir de ese momento, a partir de la revelación a terceros de esos datos, el poder jurídico de la persona se proyecta sobre el almacenamiento, el uso y la circulación de los mismos (un poder de control sobre el alcance de su publicidad).

13. Piénsese en un fichero sobre personas infectadas del VIH. Claro que el dato sobre la infección es una información íntima amparada por el derecho a la intimidad, y por el hecho de que esa información quede almacenada en una base de datos no pierde su condición de íntima. Lo que sucede es que, una vez se accede a que ese dato ingrese en un fichero, el derecho que garantiza que esa información siga siendo una información reservada, de uso restringido y no susceptible de cesiones a terceros, es el derecho fundamental a la protección de datos y no el derecho a la intimidad. Otra cosa es que su condición de dato *sensible* (íntimo, en definitiva) además imponga (y justifique por proporcionado ese deber) que su almacenamiento y tratamiento se sujeten a estrictas medidas de seguridad y a procesos de disociación y encriptamiento dirigidos a salvaguardar la debida reserva (es decir, la publicidad restringida) de dicha información.

“4. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16.

“5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines sobre la base de los cuales hubieran sido recabados o registrados. Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos.

“6. Los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados.

“7. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.”

Estos son los principios básicos de necesaria observancia también en el caso del padrón municipal. No sólo la LBRL y el RPT adolecen de norma contraria a estos principios (que de existir pesaría sobre ella serias dudas sobre su constitucionalidad, ya que dichos principios son expresión de los principios constitucionales de “adecuación y proporcionalidad” que rigen la protección de datos, y por ello es también posible tenerla por derogada tras la aprobación de la LOPD), sino que la “calidad de los datos” contenidos en el padrón son objeto de especial atención en el artículo 62 (deber de mantener actualizado el padrón),¹⁴ artículo 66 (correcciones debidas a discrepancias puestas de manifiesto por el INE y la OCE a los ayuntamientos), artículo 69 (deber general de actualización del padrón), artículos 71 y 72 (baja de oficio en caso de duplicidad de empadronamientos o de inscripciones indebidas) y artículo 73 (altas de oficio en el padrón), todos del RPT. Todas ellas son reglas que persiguen que el padrón municipal cumpla con la exigencia contenida en el artículo 17.2 de la LBRL, cual es que el padrón debe contener sus datos actualizados “de modo [...] que los datos [...] concuerden con la realidad”.

Un deber relativo a la “calidad de los datos” que pesa sobre los ayuntamientos (artículo 60.1 del RPT, en relación con el artículo 17.1 de la LBRL), y no sobre el vecino. Éste tiene la obligación, ciertamente, de comunicar a los ayuntamientos las variaciones que hayan podido

producirse en sus datos relevantes para el padrón (artículo 68 del RPT). Sin embargo, existe una capital diferencia entre ambos deberes. Mientras que el que pesa sobre el ayuntamiento tiene su inmediato fundamento en los principios de calidad de datos exigidos en la LOPD y ligados al contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales por cuanto constituyen un instrumento indispensable para el efectivo disfrute de este derecho, el deber que pesa sobre los vecinos es de mera naturaleza reglamentaria (ni siquiera legal), y su fin es el de asegurar una información actual sobre los datos de los vecinos que permitan al consistorio llevar a cabo las actuaciones oportunas dentro de las relaciones jurídicas que mantengan con aquéllos.

2.2. El contenido: el poder jurídico de disposición sobre los datos

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos es igualmente peculiar respecto del derecho a la intimidad, dada su naturaleza prestacional. Ese poder jurídico de control sobre los datos personales se concreta en las siguientes facultades: el derecho a estar informado y consentir la recogida, el almacenamiento, el tratamiento y el uso de los datos personales, incluida su cesión a terceros, pudiendo oponerse a la recogida, el tratamiento, el almacenamiento, el uso y la cesión de sus datos personales, y los derechos de acceso a dichos datos, a su rectificación y, en su caso, a su cancelación. Todo este haz de facultades constituye, con arreglo a lo declarado en la STC 292/2000, el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos.

La STC 292/2000, fundamento jurídico 7, no pudo ser más clara:

“De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el

14. So pena de que el INE proceda a la ejecución sustitutoria del artículo 60 LBRL de no proceder el ayuntamiento al cumplimiento puntual de sus obligaciones (artículo 62.2 del RPT).

conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y esos usos.

“En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y el uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y ese uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.”

La STC 292/2000 estimó que este haz de facultades constituía el contenido esencial de este derecho fundamental, y, por consiguiente, un contenido indisponible incluso al legislador orgánico. Así las cosas, el escrupuloso respeto por el Estado, y también, claro está por los entes locales, de ese contenido supone que el mismo debe ser respetado y observado en todo momento por la Administración estatal, autonómica o local al margen de lo que pueda disponer la normativa con rango legal que regule, en lo que ahora interesa, el padrón municipal. Ninguno de aquellos derechos a consentir, saber y estar informado, a acceder, rectificar y cancelar, requieren de ningún desarrollo o concreción legal, siendo de aplicación directa e invocables por la persona al margen de lo que sobre el particular puedan disponer la LBRL, el RPT o la LOPD. Y lo que es aún más importante, las normas sobre el padrón o las que puedan aplicarse al padrón contenidas en cualquiera de los textos legales y reglamentarios citados deben interpretarse y aplicarse

siempre y en todo caso de modo constitucionalmente conforme al derecho fundamental a la protección de datos personales y a su haz de facultades individuales que constituyen su contenido esencial.

STC 292/2000, fundamento jurídico 10:

“Por tanto, las facultades legalmente atribuidas a los sujetos concernidos y las consiguientes posibilidades de actuación de éstos son necesarias para el reconocimiento y la identidad constitucionales del derecho fundamental a la protección de datos. Asimismo, esas facultades o posibilidades de actuación son absolutamente necesarias para que los intereses jurídicamente protegibles, que constituyen la razón de ser del aludido derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De manera que, privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo estará también de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), ‘se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección’.”

Los artículos 69.3 (derecho de información de los vecinos), 71 (duplicidades en el padrón) y 72 (inscripciones indebidas), y el capítulo IV (artículo 81 y siguientes, revisión del padrón), deben completarse necesariamente con el haz de facultades antes enumerado. Todo vecino tiene el derecho constitucional, y sólo limitable en los términos que veremos a continuación, a ser informado sobre los datos que de su persona consten en el padrón, sobre su uso y su destino, y las cesiones que hayan podido llevarse a cabo; a consentir la recogida, el almacenamiento, el uso y las cesiones de sus datos; a acceder a los mismos e instar a su rectificación y, en su caso, su cancelación.

Estos derechos han sido desarrollados por la LOPD y por el Real decreto 1332/1994, de 20 de junio. Así, en el artículo 5 de la LOPD¹⁵ se regula el derecho de información, y exige la puntual información al afectado de la

15. Artículo 5. Derecho de información en la recogida de datos. 1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. e) De la identidad y la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento. 2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apar-

tado anterior. 3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban. 4. Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo. 5. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior, cuando expresamente una ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias. Asimismo, tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes

existencia de un fichero o un tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, de la identidad y la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. El artículo 6 de la LOPD¹⁶ establece el régimen del consentimiento a que los datos sean tratados, previendo la posibilidad de que el afectado pueda oponerse de manera fundada al tratamiento de sus datos sin perjuicio de que éstos hayan podido ser tratados sin su consentimiento (artículo 6.4 de la LOPD), y en el artículo

11 de la LOPD¹⁷ regula el consentimiento a su cesión (véase también el artículo 21 de la LOPD). El título III de la LOPD norma los “derechos de las personas”, desarrollando el derecho de acceso (artículo 15 de la LOPD)¹⁸ y los derechos de rectificación y cancelación (artículo 16 de la LOPD).¹⁹ Todos ellos son derechos que cualquier vecino puede ejercitar frente al responsable del padrón municipal.²⁰ Y así lo declara expresamente el artículo 53.3 del RPT en lo relativo a los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los vecinos respecto de sus datos contenidos en el padrón municipal (con una remisión a la Ley 5/1992, de 29 de octubre, que en la actualidad debe entenderse hecha en los artículos 15 y 16 de la LOPD).

Téngase en cuenta que el artículo 69.2 del RPT regula la debida notificación al correspondiente vecino de

accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten.

16. Artículo 6. Consentimiento del afectado. 1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. 3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos. 4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.

17. Artículo 11. Comunicación de datos. 1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. 2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley. b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público. c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique. d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el ministerio fiscal o los jueces o tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas. e) Cuando la cesión se produzca entre administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica. 3. Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comu-

nicar. 4. El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable. 5. Aquel a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente ley. 6. Si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores.

18. Artículo 15. Derecho de acceso. 1. El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. 2. La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos. 3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercitarlo antes.

19. Artículo 16. Derecho de rectificación y cancelación. 1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. 2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. 3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las administraciones públicas, jueces y tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión. 4. Si los datos rectificadas o canceladas hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o la cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación. 5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o la entidad responsable del tratamiento y el interesado.

20. Asimismo, el Convenio señala en el § 50 de su introducción respecto de su artículo 8 que son elementos esenciales de las garantías que el Convenio pretende otorgar a los individuos el conocimiento sobre la existencia de un fichero automatizado, la información que ese fichero contenga, la rectificación de esa información y el derecho al recurso de no ser respetado alguno de estos elementos. La directiva, por su parte, establece en su preámbulo que “(38) [...] el tratamiento leal de datos supone que los interesados deben estar en condiciones de conocer la existencia de los tratamientos y, cuando los datos se obtengan de ellos mismos, contar con una información precisa y completa respecto a las circunstancias de dicha obtención”. Y añade “(41) [...] que cualquier persona debe disfrutar del derecho de acceso a los datos que le conciernan y sean objeto de tratamiento, para cerciorarse, en particular, de su exactitud y de la licitud de su tratamiento; que por las mismas razones cualquier persona debe tener además el derecho de conocer la lógica que subyace al tratamiento automatizado de los datos que la conciernan,

aquellas variaciones que se produzcan respecto de los datos que de su persona consten en el padrón municipal con ocasión de la actualización del mismo. Pero no sólo el RPT impone al ayuntamiento ese deber de información al vecino “siempre que se produzcan actualizaciones”, con el objeto de facilitar al vecino el ejercicio de los derechos de rectificación y cancelación (artículo 69.2 del RPT). El apartado 3 del artículo 69 del RPT establece también un deber genérico de información a cargo de los ayuntamientos. Según este precepto, al menos cada cinco años, el ayuntamiento deberá notificar a cada vecino el contenido de sus datos en el padrón “de manera que todo vecino tenga la oportunidad de conocer la información que le concierne” al menos una vez en ese período de tiempo.

Dicho esto, y una vez conocido el marco constitucional de la protección de datos personales, al que está sujeto, desde luego, el padrón municipal, conviene también reparar en la advertencia hecha por el Tribunal Constitucional en la tantas veces citada STC 292/2000 (fundamento jurídico 10):

“Tanto en la STC 254/1993 con carácter general como en la STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7, este Tribunal ha declarado que un régimen normativo que autorizase la recogida de datos personales, incluso con fines legítimos, vulneraría el derecho a la intimidad si no incluyese garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático, al igual que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta.”

al menos en el caso de las decisiones automatizadas a que se refiere el apartado 1 del artículo 15; que este derecho no debe menoscabar el secreto de los negocios ni la propiedad intelectual y en particular el derecho de autor que proteja el programa informático; que no obstante esto no debe suponer que se deniegue cualquier información al interesado”. Su artículo 12 dispone: “Derecho de acceso. Los estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento: a) libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos: la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de datos a que se refieran y los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos; la comunicación, en forma inteligible, de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos; el conocimiento de la lógica utilizada en los tratamientos automatizados de los datos referidos al interesado, al menos en los casos de las decisiones automatizadas a que se refiere el apartado 1 del artículo 15; b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos; c) la notificación a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado de conformidad con la letra b), si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado.”

21. Artículo 9. Seguridad de los datos. 1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la

Donde se dice “derecho a la intimidad” en el párrafo transcrito, debe leerse derecho a la protección de datos personales. No basta con que el régimen legal de la protección de datos observe estrictamente las condiciones constitucionales de la protección de datos. También puede lesionarse el derecho fundamental si el régimen legal de recogida, almacenamiento, uso y cesión de datos personales no establece las garantías indispensables que permitan al individuo hacer un efectivo ejercicio del haz de facultades que le atribuye la CE, que son contenido esencial de su derecho fundamental a la protección de datos y, por tanto, indisponibles a cualquier poder público, incluido el legislador mismo.

En este sentido, además de las medidas de seguridad que deben adoptar todos los ficheros de datos personales (artículo 9 de la LOPD)²¹ y el deber de secreto (artículo 10 de la LOPD),²² la propia LOPD establece mecanismos complementarios de garantía de la efectividad de aquellos derechos, y que también deben adoptarse con respecto al padrón municipal. A saber: el artículo 17²³ remite al reglamento la regulación de los procedimientos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, lo que ha hecho el Real decreto 1332/1994, de 20 de junio, que establece la forma de proceder en esos casos en su capítulo IV (artículo 11 y siguientes); y los artículos 18 y 19 de la LOPD, que prevén la posibilidad de denunciar ante la Agencia de Protección de Datos las actuaciones contrarias al derecho a la protección de datos personales y las indebidas denegaciones totales o parciales del ejercicio de cualquiera de los derechos aludidos,²⁴ y la posibilidad de obtener

acción humana o del medio físico o natural. 2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas. 3. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta ley (Real decreto 994/1999, de 11 de junio).

22. Artículo 10. Deber de secreto. El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.

23. Artículo 17. Procedimiento de oposición, acceso, rectificación o cancelación. 1. Los procedimientos para ejercitar el derecho de oposición, acceso, así como los de rectificación y cancelación serán establecidos reglamentariamente. 2. No se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación.

24. Artículo 18. Tutela de los derechos. 1. Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine. 2. El interesado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, podrá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del organismo competente de cada comunidad autónoma, que deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación. 3. El plazo máximo en que debe dictarse la resolución expresa de tutela de derechos será de seis meses. 4. Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo.

una indemnización por los daños sufridos,²⁵ respectivamente.

2.3. Los límites del derecho fundamental a la protección de datos

2.3.1. El marco constitucional

Lo dicho antes sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales es especialmente relevante para la fijación de los límites posibles a aquellas facultades que constituyen el contenido esencial del derecho fundamental. Límites que también deben tenerse en cuenta en el caso del padrón municipal. La falta de una regulación precisa en la LBRL y el RPT sobre los límites a los derechos de las personas derivados de su derecho fundamental a la protección de sus datos personales hace aún más pertinente el estudio de los fijados en la propia LOPD, en correspondencia con lo dispuesto en el Convenio y la Directiva, y la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000 sobre el particular.

Los derechos a saber, a consentir, a acceder, a rectificar y a cancelar antes enumerados, que componen el haz de facultades del contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental a la protección de datos personales, sólo pueden ser limitados en los estrictos términos que la Constitución autoriza. Así pues, son límites constitucionalmente idóneos del derecho fundamental a la protección de datos, y sólo éstos, la garantía de los restantes derechos fundamentales y constitucionales, en particular los derechos a la intimidad y el honor (artículo 18.1 de la CE) y a la libertad religiosa e ideológica (artículo 16 de la CE), y los bienes dignos de protección constitucional, muy en especial los enumerados en el artículo 105.b) de la CE, seguridad y defensa del Estado y la averiguación y la persecución del delito (STC 166/1999, fundamento jurídico 2, y 127/2000, fundamento jurídico 3.a); ATC 155/1999), y también el deber constitucional de todos a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y los bienes y las finalidades constitucionales legítimos ligados a este deber, como la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria (artículo 31.1 de la CE, STC 110/1984 y 143/1994).

Fuera de estos casos, ninguna otra norma, incluso las de rango legal que tengan por cometido el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos personales, puede establecer límite alguno a este derecho

fundamental, ya que la reserva de ley contenida en el artículo 18.4 de la CE no autoriza al legislador a la imposición de nuevos límites al derecho fundamental a la protección de datos, sino, al contrario, le exige la obligación de imponer límites a la recogida y el uso de esos datos con el objeto de garantizar justamente ese derecho fundamental. A esos derechos y bienes de rango constitucional deben reconducirse los límites previstos en la LOPD y en la normativa concordante.

Así, la STC 292/2000, fundamento jurídico 11:

“Justamente, si la ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, y esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un poder público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Por tanto, si aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen. Como lo conculcará también esa ley limitativa si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Y así será cuando la ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro poder público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales, cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese poder público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, el almacenamiento, el tratamiento, el uso y la cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional.

“De ser ese el caso, la ley habrá vulnerado el derecho fundamental en cuestión, ya que no sólo habrá frustra-

El título VI LOPD regula la Agencia de Protección de Datos (desarrollado por el Real decreto 428/1993, de 26 de junio –modificado por el 156/1996, de 2 de febrero–) y el título VII, las infracciones y las sanciones (desarrollado por el Real decreto 1332/1994, de 20 de junio, capítulo V).

25. Artículo 19. Derecho a indemnización. 1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente ley por el

responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las administraciones públicas. 3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

do la función de garantía propia de toda reserva de ley relativa a derechos fundamentales al renunciar a fijar por sí misma esos límites, dado que la reserva de ley impone al legislador, además de promulgar esa ley, regular efectivamente en ella la materia objeto de la reserva, sino también al permitir que el derecho fundamental ceda ante intereses o bienes jurídicos de rango infraconstitucional en contra de lo dispuesto en la propia Constitución, que no lo prevé así.”

Las exigencias no se paran sólo en los bienes o los derechos que puedan ser el fundamento de los límites al derecho fundamental a la protección de datos. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000 (fundamento jurídico 10), también ha exigido ciertas condiciones formales a la ley que regule esos límites, en aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular:

“El Convenio europeo de 1981 también ha tenido en cuenta estas exigencias en su artículo 9. Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien refiriéndose a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 del CEDH, aplicable también al tráfico de datos de carácter personal, reconociendo que pudiera tener límites como la seguridad del Estado (STEDH caso Leander, de 26 de marzo de 1987, 47 y siguientes), o la persecución de infracciones penales (*mutatis mutandis*, STEDH, casos Z contra el Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, y Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993), ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).”

En suma, la ley que fije los límites al derecho fundamental a la protección de datos, debe ser una norma precisa, cierta y previsible en sus términos y consecuencias, y los límites que fije deben fundarse, además, en alguno de los derechos y/o bienes constitucionales antes enumerados, y que sean proporcionados al fin perseguido.

26. El apartado 3 del artículo 9 establece un régimen propio de limitaciones para el caso de ficheros de uso estadístico o científico, pues la ley puede fijar otros límites a los derechos de acceso, rectificación y cancelación de la persona concernida distintos a los mencionados, siempre que “no existan manifiestamente riesgos de atentado a la vida privada de las perso-

2.3.2. La concreción legal de los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con el padrón municipal

La LOPD, a la hora de regular los límites que cabe imponer al ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales, no ha hecho sino adoptar las cláusulas generales que a tal efecto ya establecían tanto el Convenio como la directiva. El Convenio, en su artículo 9, fija las excepciones a las garantías que el propio Convenio establece, señalando que no serán admisibles otras limitaciones salvo las que se definen en ese mismo precepto. Dichas excepciones deben estar previstas en la ley y deben constituir “una medida necesaria en una sociedad democrática”. Esas excepciones son: la protección y la seguridad del Estado, y de sus intereses monetarios, la represión de las infracciones penales, la protección misma de la persona concernida, y la salvaguardia de los derechos y las libertades de terceras personas.²⁶

La Directiva, por su parte, en su artículo 13, autoriza a los estados para adoptar medidas legales que limiten los derechos que constituyen el contenido del derecho a la protección de datos enumerando los siguientes bienes jurídicos “cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia” de la seguridad y la defensa del Estado, la seguridad pública, la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales o de las infracciones de la deontología en las profesiones reglamentadas, un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la Unión Europea, incluidos los asuntos monetarios, presupuestarios y fiscales, la protección del interesado o de los derechos y las libertades de otras personas.

Límites que, a grandes rasgos, vienen a coincidir con los que el artículo 105.b) de la CE fija para el acceso a los archivos y los registros administrativos, a saber: seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Es un precepto que en modo alguno debe desdeñarse, en la medida en que el padrón municipal es un registro administrativo de los vecinos de un municipio. Así pues, la ley, incluida la que regula el padrón municipal, sólo podrá limitar el haz de facultades del derecho fundamental a la protección de los datos personales si, y sólo si, concurre en el caso alguna de las causas enumeradas en el artículo 9 del Convenio, artículo 13 de la Directiva (so pena de que la ley contrarie los mencionados tratados y por ello el artículo 96 de la CE) y en el apartado b) del artículo 105 de la CE.

Cabría preguntarse si también son aplicables al padrón municipal las reglas relativas al acceso a los re-

nas concernidas”. Es una nota común a la regulación de la protección de datos, y así lo contempla la LOPD, que sea distinto, y más flexible, el régimen legal de acceso a los datos personales con fines estadísticos (en los que cabría incluir, siquiera parcialmente, el acceso al padrón por el INE) y científicos.

gistros administrativos previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Sin perjuicio de que la cuestión se estudie con mayor detalle en la sección dedicada al acceso al padrón municipal,²⁷ dadas las dificultades constitucionales que plantean los artículos 37 y siguientes de la mencionada ley y su posible contradicción con la propia LOPD, baste decir por ahora que, a nuestro juicio, el padrón municipal es un registro público sujeto a su propia normativa.

En efecto, el artículo 37.6.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que se registrarán por “sus disposiciones específicas [...] e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una ley”. Este es el caso, así lo creemos, del padrón municipal, que es un registro administrativo de los vecinos del municipio “cuyo uso” posee normas específicas y peculiares contenidas en la LBRL (desarrollada por el RPT) y en la LOPD (en su condición, también, de fichero informatizado de datos personales).²⁸

2.3.3. La obligatoriedad de los datos del padrón y los límites a los derechos a saber y a consentir

Con arreglo a los artículos 15 y 16.2 de la LBRL (artículos 54 y 57 del RPT) la inscripción en el padrón es obligatoria, e igualmente el padrón debe contener necesariamente ciertos datos de la persona (nombre y apellidos, sexo, domicilio habitual, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, número de documento nacional de identidad o documento de identificación similar, certificado o título escolar o académico que se posea y otros datos necesarios a los efectos de la confección del censo electoral, siempre que se respeten, dice la norma, los derechos fundamentales reconocidos en la CE).

Ninguna de estas normas constituye un límite desproporcionado o inadecuado a los derechos individuales a saber y consentir la recogida, el uso y el tratamiento de los datos personales. El propio artículo 5.1.b) de la LOPD prevé la posibilidad de la obligatoriedad de la recogida de ciertos datos al establecer que el afectado debe ser informado de manera expresa, cierta e inequívoca de esa circunstancia.²⁹ Y el artículo 6.2 de la LOPD dispone que la ley podrá dispensar del previo consentimiento de la persona para el tratamiento (que no para su recogida)

de sus datos; consentimiento que ni siquiera es necesario recabar en el caso de que “los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias”. Sin perjuicio de que el párrafo 4 de ese mismo artículo 6 señala que: “4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.

En consecuencia, la obligatoriedad de la inscripción en el padrón y la obligatoriedad de ciertos datos del vecino, que no dejan de ser manifestaciones de la recogida y el tratamiento obligatorio de datos personales a cargo de una administración pública, son un límite constitucionalmente adecuado y proporcionado, con la debida cobertura legal, al derecho fundamental a la protección de datos personales. Ya se ha visto que este derecho garantiza a la persona la facultad de consentir la recogida y el tratamiento de sus datos personales. Una facultad que puede estar limitada por la ley si ésta impone la obligatoriedad de esa recogida y ese tratamiento siempre que la misma se funda en derechos o bienes constitucionalmente protegidos. No cabe duda de que el padrón municipal ancla sus cimientos en diversos preceptos constitucionales en cuanto que la inscripción en el mismo es el título constitutivo de la condición de vecino (artículo 15 de la LBRL y artículo 53.1 del RPT), lo que resulta ser condición para el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes aparejados a esa condición administrativa personal (artículo 18 de la LBRL y artículo 56 del RPT), que encuentran su estribo en los derechos fundamentales a participar en los asuntos públicos (artículo 23 de la CE) y en deberes constitucionales como la contribución personal al sostenimiento del gasto público (artículo 31 de la CE). Pero no sólo son ese derecho y este deber constitucionales la razón que justifica la existencia del padrón y la obligatoriedad de la inscripción en el mismo. También el principio de eficacia y objetividad de la acción administrativa al servicio del interés general justifica (artículo 103 de la CE) la existencia de ese instituto y la obligatoriedad de la inscripción en el padrón.

27. Sección que constituye la cuarta y última parte de este trabajo, en su versión completa, de pronta publicación.

28. Del mismo modo que ese mismo precepto en sus letras c) y d) excluye de la regulación general sobre archivos y registros administrativos contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a los archivos que persigan fines estadísticos únicamente (censos de población) y a los sujetos a la legislación electoral (censo electoral).

29. Muchos de los problemas que se suscitan sobre este y otros particulares relativos a la aplicación de la LOPD tienen su origen en el desconoci-

miento de lo dispuesto en ese mismo artículo 5.2 LOPD: “Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.” En la mayoría de los casos, y sobre todo a los efectos de considerar prestado el consentimiento de la persona para la recogida y el tratamiento de sus datos personales, basta con que el impreso correspondiente contenga de forma clara e inequívoca y en un lugar destacado del mismo las advertencias legales pertinentes que adviertan al interesado de sus derechos y las informaciones a las que alude el artículo 5 de la LOPD.

Sólo en la medida en que la Administración local conoce con exactitud quiénes sean los vecinos del ayuntamiento podrá actuar con la constitucionalmente exigida eficacia y objetividad y facilitar el ejercicio del derecho fundamental de participación de aquéllos y hacer efectivo su deber de contribuir equitativamente al sostenimiento del gasto de los entes locales. Éste debe ser el sentido que debe dársele al artículo 6.2 de la LOPD antes mencionado. En consecuencia, no hay reparo constitucional alguno a que la LOPD (u otra norma con rango de ley orgánica)³⁰ dé cobertura a sendos límites tanto al derecho a oponerse a la recogida de datos, como a consentir su tratamiento, en el caso del padrón; sin perjuicio de que se advierta de forma clara, inequívoca y cierta al afectado de la obligatoriedad de la inscripción y de ciertos datos personales, así como de los derechos que le asisten en los términos del artículo 5 de la LOPD.

La LOPD contempla otros posibles límites a los derechos a saber y a consentir que han sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional en la citada STC 292/2000. El artículo 24, titulado "Otras excepciones a los derechos de los afectados", disponía antes de la STC 292/2000:

"1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 (derecho a saber)³¹ no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las administraciones públicas o cuando afecte a la defensa nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas."

A este respecto, debe indicarse que la STC 292/2000 declaró contrarios a la Constitución, por lesión del derecho fundamental a la protección de datos, el inciso "impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las administraciones públicas" y el inciso final "o administrativas", al considerar que la ley había hecho dejación de sus funciones en observancia de la reserva dispuesta en el artículo 18.4 de la CE, permitiendo que la Adminis-

tración pública pudiese restringir arbitrariamente el derecho a saber del interesado (afectando incluso a sus derechos de defensa en el marco de un procedimiento administrativo sancionador).

En consecuencia, tan sólo la defensa del Estado, la seguridad pública o la persecución de infracciones penales (todos ellos bienes constitucionalmente protegidos) constituyen los únicos límites posibles y, por consiguiente, las únicas causas lícitas de restricción del derecho a saber del artículo 5.1 y 2 de la LOPD. Denegación que por lo demás habrá de ser motivada y es susceptible de impugnación ante la Agencia de Protección de Datos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 5.4 de la LOPD).

Pues bien, no parece que en el supuesto del padrón municipal concorra ninguna de las posibles circunstancias previstas en el artículo 24.1 de la LOPD que permitirían restringir el derecho a saber del interesado respecto de la recogida de sus datos personales. Es difícil imaginar en qué casos la información al afectado sobre la obligatoriedad de su inscripción en el padrón, sobre los datos obligatorios, sobre el destino y el uso de esos datos o sobre el responsable del padrón, afectarían a la defensa y la seguridad del Estado o a la persecución de las infracciones penales.

De otro lado, el artículo 11 de la LOPD (en relación con el artículo 21 de la LOPD) prevé límites a los derechos a saber y consentir, en este caso, sobre la cesión de datos entre administraciones públicas. Asunto que será objeto de estudio en el último apartado de este trabajo.³²

2.3.4. Los límites a los derechos de rectificación y cancelación

En la actualidad, sólo el artículo 23 de la LOPD establece las "excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación". Nos ocuparemos ahora de estos dos últimos.

"1. Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior³³ podrán denegar el acceso, la rectificación

30. Se trataría en este caso de un supuesto de colaboración entre ley orgánica y ley ordinaria. Desde luego, y máxime tras la STC 292/2000, los límites directos a un derecho fundamental, aunque lo sean a su ejercicio y no a su contenido constitucional, deben revestir la forma de ley orgánica, sin perjuicio de que la pertinente ley orgánica llame a la ordinaria para concretar esos límites (lo que, sin embargo, está vedado al reglamento, lo que incluye, claro está, a las ordenanzas y demás fuentes del ordenamiento jurídico local).

31. Artículo 5 de la LOPD: 1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. e) De la

identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento. 2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

32. Sección cuarta, que constituye la última parte de este opúsculo en su versión completa.

33. Artículo 22. Ficheros de las fuerzas y los cuerpos de seguridad:

1. Los ficheros creados por las fuerzas y los cuerpos de seguridad que contengan *datos* de carácter personal que, por haberse recogido para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente, estarán sujetos al régimen general de la presente ley.

o la cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

“2. Los responsables de los ficheros de la hacienda pública podrán, igualmente, denegar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendientes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras.

“3. El afectado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados anteriores podrá ponerlo en conocimiento del director de la Agencia de Protección de Datos o del organismo competente de cada comunidad autónoma en el caso de ficheros mantenidos por cuerpos de policía propios de éstas, o por las administraciones tributarias autonómicas, quienes deberán asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación.”

Bien se ve que ninguna de estas excepciones a los derechos de rectificación y de cancelación podrían afectar al padrón municipal.

Con anterioridad a la STC 292/2000, el párrafo 2 del artículo 24 de la LOPD fijaba nuevas excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación en los siguientes términos:

“2. Lo dispuesto en el artículo 15 (derecho de acceso) y en el apartado 1 del artículo 16 (derecho de rectificación y cancelación) no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección. Si el órgano administrativo responsable del fichero invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las comunidades autónomas.”

Pues bien, dicho apartado fue declarado contrario al artículo 18.4 de la CE por el Tribunal Constitucional en

su Sentencia 292/2000, al entender que en él el legislador había renunciado a fijar por sí mismo los límites a esos derechos, abandonándolos a la mera discrecionalidad administrativa. Por consiguiente, el ejercicio de los derechos de rectificación y cancelación de los datos contenidos en el padrón municipal no está sujetos a límite alguno (salvo los que deriven de la garantía de otros derechos fundamentales, que no requieren de concreción legal alguna).³⁴

3. Nota bibliográfica

Sobre la teoría general del derecho fundamental a la protección de datos véanse los trabajos de DENNINGER, Erhard, “El derecho a la autodeterminación informativa”, en *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, (Pérez Luño, dir.), Madrid: Tecnos, 1987, págs. 269 y ss.; LUCAS MURILLO, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid: Tecnos, 1990; CASTELLS ARTECHE, José Manuel, “La limitación informática”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II, Madrid: Civitas, 1991, págs. 907 y ss.; SANCHEZ CASABON y UBIETO ARTUR (coord.), *Jornadas sobre documentación administrativa y sociedad de la información*, Zaragoza: Gobierno de Aragón, Ayuntamiento de Zaragoza y Universidad de Zaragoza, 2001; VARIOS AUTORES, *La protección del derecho a la intimidad de las personas (ficheros de datos)*, Cuadernos del Poder Judicial, vol. XIII, 1997; VÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid: Colex, 1993; VARIOS AUTORES, *XX Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos 1998*, Madrid: Agencia de Protección de Datos, 1999.

Sobre este régimen jurídico de la protección de datos en el derecho comparado y, en particular, en el ámbito europeo, véanse DE URIOSTE, Mercedes, “Protección de datos personales (I) (II) y (III)”, en *Investigaciones* (Secretaría de Investigación de Derecho Comparado. Corte Suprema de Justicia de la Nación. República de Argentina), 1, 2 y 3, 1998, págs. 121 y ss., 371 y ss., 635 y ss.; SUÑÉ LLINÁS Emilio, “Marco jurídico del tratamiento de datos personales en la Unión Europea y en España”,

2. La recogida y el tratamiento para fines policiales de *datos* de carácter personal por las fuerzas y los cuerpos de seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de *datos* que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.

3. La recogida y el tratamiento por las fuerzas y los cuerpos de seguridad de los *datos*, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las

pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales.

4. Los *datos* personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los *datos* almacenados, la necesidad de mantener los *datos* hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad.

34. No se debe concluir este apartado sin mencionar la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de Protección de Datos relativa al ejercicio de los derechos de acceso y rectificación.

en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid: Dykinson, 1999, págs. 245 y ss.; PRIETO GUTIÉRREZ, Jesús María, "La Directiva 95/46/CE como criterio unificador", *Revista del Poder Judicial*, 48, 1997, págs. 165 y ss.; HEREDERO HIGUERAS, Manuel, *La Directiva Comunitaria de protección de los Datos de Carácter Personal*, Pamplona: Aranzadi, 1997, y SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1998.

Sobre la legislación española, LUCAS MURILLO, Pablo, "La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español (I y II)", *Estudios de Jurisprudencia*, núms. 3 y 4, 1992, págs. 7 y ss. en ambos casos, y también *Informática y protección de datos personales (Estudios sobre la LO 5/1992)*, Centro de Estudios Constitucionales, colección "Cuadernos y Debates, núm. 43, Madrid, 1993; TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos. Estudios sistemáticos de la Ley orgánica 15/1999*, Madrid: Edisofer, 2001; DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley orgánica de protección de los datos de carácter personal*, Actualidad Informática Aranzadi, núm. 34, 2000, págs. 1 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, *La nueva Ley de protección de datos de carácter personal de 13 de diciembre de 1999*, Actualidad Informática Aranzadi, núm. 34, 2000, pág. 1 y ss.; GARCÍA ONTOSA, Rosa María, *Comentarios a la nueva Ley de protección de datos de carácter personal*, Actualidad Informática Aranzadi, núm. 34, 2000, pág. 1 y ss.; consúltese también la *Memoria 2001*, Madrid: Agencia de protección de Datos, 2002; ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge, "La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales (STC 290 y 292/2000)", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7, 2001, págs. 365 y ss.

Respecto del padrón municipal, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis, "La encomienda de la gestión informatizada de los padrones municipales de habitantes: un ejemplo de colaboración entre administraciones públicas", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 1 (enero-abril), 1998, págs. 151 y ss.

Sobre el acceso a los archivos y a los registros administrativos, MARTÍNEZ PÉREZ, Pedro A., "Participación ciudadana: Modalidades. Información municipal: Acceso al registro", *Revista de Estudios Locales*, mayo de 2001, págs. 11 y ss.; MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Madrid: Civitas, 1998 (2.ª edición); POMED SANCHEZ, Luis, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid: INAP, 1989. ■

La reforma de las haciendas locales y del catastro

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrado

1. Introducción.
2. Contenido de ambas leyes.
 - 2.1. Ley 51/2002. 2.2. Ley 48/2002.
3. Ámbito de aplicación.
 - 3.1. Ámbito de aplicación espacial. 3.2. Ámbito de aplicación temporal.
4. Modificaciones en las normas generales de la LHL.
 - 4.1. Bonificación por colaboración en la recaudación. 4.2. Inexigibilidad de intereses de demora.
5. Modificaciones en materia de tasas.
 - 5.1. Carteleras publicitarias. 5.2. Tasas de las empresas suministradoras.
6. Impuesto sobre bienes inmuebles.
 - 6.1. Características generales. 6.2. Definición y hecho imponible. 6.3. Exenciones. 6.4. Sujetos pasivos. 6.4.1. Contribuyentes y comunidades de bienes. 6.4.2. Sustituto y repercusión. 6.5. Afección de bienes y garantías. 6.6. Base imponible. 6.6.1 Valor catastral. 6.6.2 Ponencias de valores. 6.6.3. Valoración catastral de bienes inmuebles urbanos y rústicos. 6.6.4. Procedimientos de valoración colectiva de carácter general y parcial. 6.6.5. Procedimiento simplificado de valoración colectiva. 6.6.6. Procedimiento de determinación del valor catastral de los bienes inmuebles de características especiales. 6.6.7. Actualización de valores catastrales. 6.7. Base liquidable. 6.8. Cuota del impuesto. 6.8.1. Tipo mínimo y supletorio. 6.8.2. Tipos máximos. 6.8.3. Bienes inmuebles de características especiales. 6.8.4. Tipos incrementados. 6.8.5. Tipos diferenciados. 6.8.6. Recargo para inmuebles residenciales desocupados. 6.8.7. Tipos reducidos. 6.8.8. Bonificaciones preceptivas. 6.8.9. Bonificaciones potestativas. 6.9. Devengo y período impositivo. 6.10. Declaraciones obligatorias de los sujetos pasivos. 6.11. Gestión. 6.11.1. Competencias de los ayuntamientos. 6.11.2. Competencias del Estado.
7. Impuesto sobre actividades económicas.
 - 7.1. Características generales. 7.2. Exenciones. 7.2.1. Inicio de la actividad. 7.2.2. Personas físicas. 7.2.3. Cifra de negocios inferior a un millón de euros. 7.3. Coeficiente de ponderación. 7.4. Coeficiente de situación. 7.5. Bonificaciones. 7.5.1. Bonificaciones preceptivas. 7.5.2. Bonificaciones potestativas. 7.6. Otras modificaciones en el IAE.
8. Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.
 - 8.1. Exención de los vehículos de discapacitados. 8.2. Coeficientes máximos de incremento de cuotas. 8.3. Bonificación para vehículos poco contaminantes.
9. Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. 9.1. Sujetos pasivos. 9.2. Base imponible. 9.3. Tipo de gravamen. 9.4. Bonificaciones potestativas.
10. Plusvalía (IIVTNU).
 - 10.1. Características generales. 10.2. Supuestos de no-sujeción y exenciones. 10.2.1. Sociedad conyugal y transmisiones entre cónyuges en crisis matrimoniales. 10.2.2. Exención de los organismos autónomos. 10.3. Base imponible. 10.3.1. Regla general para determinar la base imponible. 10.3.2. Porcentaje anual de incremento. 10.3.3. Otras precisiones del nuevo artículo 108 de la LHL.
 - 10.4 Cuota.

1. Introducción

El *Boletín Oficial del Estado* del día de los Inocentes del año 2002 dedica treinta y dos de sus páginas a publicar la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (BOE 311, de 28 de diciembre de 2002).

Anteriormente, el mismo *Boletín* del día de Nochebuena publicó la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del catastro inmobiliario (nueve páginas del BOE 307, de 24 de diciembre de 2002).

Se trata de dos leyes importantes para las entidades locales, aunque debe comenzarse por destacar que no estamos ante ninguna reforma sustancial de su financiación. Por el contrario, tales leyes se refieren, en su mayor parte, a cuestiones técnicas que rodean (o enmascaran, según se prefiera) la implantación legal de una promesa electoral del partido político con la actual mayoría parlamentaria: la exención del IAE para las personas físicas y para las sociedades con un giro inferior a un millón de euros.

2. Contenido de ambas leyes

2.1. Ley 51/2002

La Ley 51/2002, de reforma de la LHL, afecta tanto al ámbito estrictamente tributario como al financiero de las entidades locales:

—Al ámbito tributario dedica su capítulo I, en el que aparte de retoques en los artículos 9 y 10 de la LHL, y en materia de tasas, se reforma la regulación de la totalidad de los impuestos municipales, tanto los tres obligatorios (IBI, IAE y vehículos) como los dos potestativos (ICIO y plusvalía).

Pero el alcance de esta reforma es muy diferente: la regulación del IBI se modifica en su totalidad, aunque esencialmente para llevar una parte trascendental de su régimen jurídico (la determinación de la base imponible) a la Ley del catastro inmobiliario; por el contrario, la modificación de los demás impuestos es sólo parcial, aunque con extremos tan importantes como la ya citada exención generalizada del IAE, la unificación de tipos máximos tributarios para todos los municipios con independencia de su población, o la introducción de numerosas bonificaciones potestativas.

La exposición de motivos insiste en el pretendido incremento de la autonomía local y en la mayor capaci-

dad y margen de decisión de los ayuntamientos. Pero el resultado final es harto perverso: se priva legalmente a los ayuntamientos de la práctica totalidad de los ingresos por IAE, al tiempo que se aumenta para casi todos ellos la capacidad de aplicar tipos impositivos más elevados y de fijar incentivos fiscales en forma de bonificaciones. Con ello, se hace realidad un propósito que se ha resaltado como perverso: el Gobierno invita, pagan los ayuntamientos.¹

—Al ámbito financiero dedica la Ley 51/2002 su capítulo II, o más precisamente, a la participación de las entidades locales en los tributos del Estado.

Frente a las actuales previsiones legales referidas a horizontes temporales quinquenales, se plantean en la ley mecanismos de financiación con vocación de permanencia en el tiempo.

Aunque los criterios que se establecen se consideran como similares a los ya definidos para las comunidades autónomas, es lo cierto que en ningún caso se ceden a las entidades locales, en relación con los impuestos estatales en cuyos rendimientos recaudatorios participen, competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación, inspección ni revisión.

La estructura de financiación que se configura es diferente según los municipios:

—Para los municipios que sean capitales de provincia, o de comunidad autónoma, o que tengan población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes, se configura un sistema dual de naturaleza analítico-sintética: analítica porque se canaliza hacia estas entidades locales una parte de los rendimientos obtenidos por la Hacienda del Estado en las figuras impositivas de mayor potencialidad recaudatoria (el 1,6875% del IRPF, el 1,7897% del IVA y el 2,0454% de los impuestos especiales); y sintética, porque se fija una participación que evolucionará al mismo ritmo que los ingresos tributarios del Estado.

Como no podía ser de otra forma, gran parte de la nueva regulación ha de dedicarse a establecer el alcance y, sobre todo, los puntos de conexión de estas cesiones (IRPF, residencia habitual; IVA, índice de consumo de cada comunidad autónoma ponderando el resultado por la representatividad de la población del municipio; impuestos especiales, en general, de forma análoga al IVA, pero en hidrocarburos y tabaco, combustible suministrado o tabaco vendido en el término municipal).

1. RUBIO DE URQUÍA, J. I., Editorial de la revista *Tributos locales*, núm. 23, noviembre de 2002. Para este autor, no se incorpora una auténtica reforma de la financiación de las haciendas locales, ni siquiera una reforma del sistema tributario local; sólo se incorpora una burda y grosera "reforma" del IAE, acompañada de una absorción del IBI por el catastro inmobiliario y de algunas medidas menores de maquillaje de la operación IAE, el cual, o más bien su supresión o reforma, siempre se ha concebido como un banderín de enganche electoral. El juicio de este autor sobre la reforma es negativo: se

consolida el IBI como una mera adherencia del catastro inmobiliario; los retoques en otros impuestos son muy ligeros e insignificantes; se suprimen los límites para que los municipios pequeños puedan desplazar presión fiscal desde el IAE hacia otros impuestos y contribuyentes; y se crean multitud de bonificaciones potestativas focalizadoras de presión social sobre los ayuntamientos. De lo que se trataba realmente era de eximir del pago del IAE a los contribuyentes "votantes" y es exactamente eso lo que ha sucedido. Señores: el Gobierno invita, pagan los ayuntamientos.

–Para el resto de municipios, se establece un modelo de participación en tributos del Estado definido por variables, semejante al actual, aunque con modificación del peso de tales variables.

Por otro lado, en la participación en tributos del Estado de las provincias o entes asimilados se configura también un modelo de financiación dual análogo al definido para los grandes municipios y las capitales de provincia (0,9936% de IRPF; 1,0538% de IVA y 1,2044% de impuestos especiales; alcance y puntos de conexión análogos).

2.2. Ley 48/2002

La Ley del catastro inmobiliario regula unitaria y sistemáticamente la institución partiendo de la normativa anterior (que, sin embargo, no se deroga, si bien se autoriza al Gobierno a refundir en un solo texto las disposiciones legales vigentes reguladoras del catastro, desde la Ley de 23 de marzo de 1906, pues se trata de un texto parcial que no abarca todas las facetas catastrales ahora dispersas en distintas leyes), aunque se introducen novedades de interés, que se reseñan así en la exposición de motivos:

a) *Ámbito de la colaboración municipal, satisfaciendo las aspiraciones de los ayuntamientos.*

b) *Definición objetiva del catastro como lo que realmente es, un registro administrativo, proclamando su disposición al servicio de los principios constitucionales ya citados y, por ende, del conjunto de las administraciones públicas, fedatarios y ciudadanos, todo ello sin perjuicio de la competencia y las funciones atribuidas al Registro de la Propiedad.*

c) *Conceptos catastrales de bien inmueble y de titular, ambos piezas fundamentales de la institución y, por consecuencia, del impuesto sobre bienes inmuebles.*

d) *Procedimientos de incorporación de los bienes inmuebles al catastro inmobiliario, que pasa a erigirse en piedra angular de la nueva normativa, con eficacia inmediata, en particular, en el sistema tributario local (comunicaciones, rectificación de oficio, efectividad de los diversos actos de gestión catastral y régimen de notificación).*

e) *Regulación del valor catastral y de la descripción catastral, reforzando el principio de legalidad, y consagrando el de moderación en su configuración.*

2. Ello no obstante, se ha incluido en la Ley 51/2002, según dice la Exposición de motivos, "por razones obvias de economía legislativa, con el fin de evitar la proliferación de reformas y revisiones de la regulación de una misma materia".

3. La disposición adicional procede de la Enmienda 269 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), cuya justificación era la siguiente:

"En primer lugar, se pretende recoger en el texto de la Ley de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales el acuerdo entre el Gobierno y la FEMP para compensar la posible pérdida de recaudación que se produzca en el sector local como consecuencia de la reforma del IAE.

f) Otros aspectos como la referencia catastral, la actualización de valores por grupos de municipios atendiendo a su homogeneidad inmobiliaria, el deber de colaboración y el régimen sancionador.

3. **Ámbito de aplicación**

3.1. **Ámbito de aplicación espacial**

La Ley 51/2002, de reforma de la LHL, no contiene disposición alguna al respecto, por lo que habrá de estarse al artículo 1 de la LHL: se aplicará en todo el territorio nacional, sin perjuicio de los regímenes financieros locales de los territorios históricos del País Vasco y Navarra. Sobre el indicado artículo 1 de la LHL es indispensable consultar los FJ 4 y 5 de la STC 233/1999, de 16 de diciembre.

Según la disposición adicional primera de la Ley del catastro inmobiliario, ésta será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo previsto en los regímenes forales especiales vigentes en el País Vasco y Navarra.

3.2. **Ámbito de aplicación temporal**

Por el contrario, son de enorme complejidad las disposiciones transitorias y de entrada en vigor de las nuevas leyes.

La Ley 51/2002, de reforma de la LHL, ha entrado en vigor el 1 de enero de 2003, cuatro días después de su publicación. Pero tal entrada en vigor se refiere únicamente a sus normas tributarias (capítulo I), porque el nuevo modelo de financiación (capítulo II) no entrará en vigor el 1 de enero de 2004² y habrá de ser objeto de desarrollo anual por las leyes de presupuestos generales del Estado.

Este desfase entre la entrada en vigor de unas y otras normas provocó la mayor reacción municipal contra el proyecto de ley, que finalmente se solventó mediante la inclusión de la disposición adicional décima, donde se regulan las "compensaciones a favor de las entidades locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del impuesto sobre actividades económicas". La disposición consta de hasta siete apartados:³

"En segundo lugar, se definen los procedimientos de cálculo de la compensación, de los anticipos a cuenta de dicha compensación y su liquidación y de los efectos de la misma.

"En tercer lugar, al haberse acordado que la compensación se consolidará de cara a la financiación de años sucesivos, se fijan los puntos de conexión con el modelo de participación en los tributos del Estado que se recoge en la ley.

"Con objeto de dotar al nuevo modelo de un carácter estable y evitar incertidumbres se habilita al Ministerio de Hacienda para que pueda fijar plazos preclusivos de forma que el modelo no quede abierto a la espera de que alguna entidad local remita la información precisa para el cálculo de las compensaciones.

–Parte del principio de que el Estado compensará a las entidades locales por la pérdida de recaudación del IAE en el año de su entrada en vigor (2003). Se trata de una excepción a lo previsto en la disposición adicional tercera (“Beneficios fiscales”), del siguiente tenor: “A efectos de lo establecido en esta ley, no será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 9 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se extenderá a aquellos supuestos de beneficios fiscales en relación con los cuales la normativa vigente sí prevé en la actualidad la realización de compensaciones económicas por parte del Estado.”

–La pérdida compensable por IAE será la expresión de la diferencia entre la recaudación líquida del año 2003 y la recaudación líquida del año 2000, entendiendo por recaudación líquida la recaudación tanto del ejercicio corriente como de ejercicios cerrados. Pero para el cálculo de la recaudación líquida se deberán efectuar los ajustes que se señalan (no se incluirá liquidación derivada de las modificaciones incluidas en ordenanzas fiscales que hayan entrado en vigor con posterioridad al 1 de enero de 1999 que afecten a los coeficientes, los índices y los recargos regulados en los artículos 88, 89 y 124 de la LHL o el que le sustituye en la Ley 51/2002, ni tampoco la derivada de la distribución de la cuota nacional establecida en el epígrafe 761.2, “Servicio de telefonía móvil”).

–El importe de dicha compensación, aminorado en la recaudación líquida del epígrafe 761.2, “Servicio de telefonía móvil”, se consolidará en el modelo de participación de las mismas en los tributos del Estado definido en la Ley 51/2002, en la forma que se detalla.

–En el último trimestre del año 2003, se efectuarán anticipos a cuenta de la previsible merma de recaudación, calculando el Ministerio de Hacienda sus importes tomando como base la matrícula del impuesto del año 2000 y un avance de la matrícula del año 2003, considerando los contribuyentes susceptibles de ser declarados exentos, los coeficientes, los índices y los recargos aplicables sobre las cuotas mínimas de la tarifa del impuesto y los ajustes señalados.

–Durante el año 2004, el Ministerio de Hacienda, tomando como base los importes certificados por el interventor local o, en su caso, por el órgano competente que tenga atribuida la gestión recaudatoria de este tributo, ajustados según lo señalado, procederá a calcular el importe de la compensación definitiva de cada entidad local y efectuará la liquidación de los anticipos

a cuenta. Se entenderá que las entidades locales que incumplan los plazos preclusivos que señale el Ministerio de Hacienda para la remisión de la información renuncian a la percepción del anticipo a cuenta o de la propia compensación.

–La Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2004 determinará el procedimiento de cancelación, con cargo a la participación de los entes locales en los tributos del Estado, de los saldos deudores resultantes de la liquidación de las entregas a cuenta. El Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial, podrá realizar las actuaciones y las comprobaciones necesarias para la gestión y el pago de estas compensaciones, pudiendo dictar las instrucciones precisas al efecto y fijar procedimientos normalizados de transmisión de la información tributaria y presupuestaria relativa al IAE.

También la Ley 48/2002, del catastro inmobiliario, ha entrado en vigor el 1 de enero de 2003.

Sin embargo, ambas leyes contienen importantes disposiciones transitorias.

–En la Ley 51/2002:

a) Ordenanzas fiscales (1 de abril de 2003).

Con efectos exclusivos para el ejercicio de 2003, los ayuntamientos que decidan aplicar, en uso de su capacidad normativa, las modificaciones establecidas en la Ley 51/2002 en los tributos periódicos con devengo el 1 de enero de dicho año, deberán aprobar el texto definitivo de las nuevas ordenanzas fiscales y publicarlas en el boletín oficial correspondiente, todo ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17 de la LHL, antes del 1 de abril de 2003⁴ (disposición transitoria 5.1 de la Ley 51/2002).

b) Gestión censal e inspección del IAE (15 de abril de 2003).

Las entidades que, de acuerdo con el artículo 22 del Real decreto 243/1995, de 17 de febrero, puedan solicitar la delegación de competencias en materia de gestión censal y que deseen asumir dicha competencia en 2003, deberán adoptar el oportuno acuerdo y presentar la correspondiente solicitud ante el Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria antes del 15 de abril de 2003. La solicitud deberá presentarse incluso en los casos en que la entidad tenga asumida la competencia citada en 2002, entendiéndose en otro caso que se renuncia, con efectos de 1 de julio de 2003, al ejercicio por delegación de dicha competencia⁵ (disposición transitoria 12 de la Ley 51/2002).

⁴ Finalmente, se habilita al Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial, para que regule los aspectos formales y materiales del proceso de compensación: contenido y modelo de certificaciones, método de remisión de datos, comprobaciones, etcétera.”

4. En el supuesto de que para el IBI no se haga uso de esta autorización, el tipo de gravamen aplicable a los bienes inmuebles de características especiales será el correspondiente a los bienes inmuebles urbanos.

5. Las entidades podrán solicitar la delegación de la gestión censal incluso cuando no hayan asumido por delegación en ejercicios anteriores la ins-

c) Plazos de aprobación del tipo de gravamen del IBI y de las ponencias de valores (31 de octubre de 2003).

En aquellos municipios afectados por procedimientos de valoración colectiva que deban surtir efecto el 1 de enero de 2004, y con vigencia exclusiva para el ejercicio 2003, el plazo general establecido en la Ley 51/2002 para aprobar los tipos de gravamen del IBI se amplía hasta el 31 de octubre de 2003. Asimismo, y en relación con los indicados municipios, se amplía también hasta el 31 de octubre de 2003 el plazo para la publicación de las ponencias de valores (disposición transitoria 5.2 de la Ley 51/2002).

d) Notificaciones (año 2003).

Con efectos exclusivos para el año 2003, las alteraciones que experimenten los elementos determinantes de las deudas tributarias de cobro periódico por recibo, como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 51/2002 o por las ordenanzas fiscales, se notificarán colectivamente mediante edicto, no siendo necesaria su notificación individual (disposición transitoria 11 de la Ley 51/2002).

e) Plazos de notificación de valores catastrales (1 de marzo de 2004).

Se amplía en los mismos municipios afectados por procedimientos de valoración catastral colectiva que deban surtir efecto el 1 de enero de 2004 hasta el 1 de marzo del año 2004 el plazo para la notificación individual de los valores catastrales resultantes, sin perjuicio de su efectividad en el año 2004 (disposición transitoria 5.2 de la Ley 51/2002).

f) Plazos de entrega de los padrones catastrales (1 de mayo de 2004).

La entrega en los mismos municipios del correspondiente padrón catastral se podrá diferir hasta el día 1 de mayo del año 2004 (disposición transitoria 5.2 de la Ley 51/2002).

g) Determinación de la base liquidable del IBI (ejercicios 2003 y 2004).

Durante los ejercicios 2003 y 2004, la determinación de la base liquidable del IBI, atribuida a los ayuntamientos en el artículo 78.3 de la LHL, se realizará por la Dirección General del Catastro, salvo que el ayuntamiento comunique a dicho centro directivo que la indicada competencia será ejercida por él⁶ (disposición transitoria 6 de la Ley 51/2002).

h) Tributación de los bienes inmuebles de características especiales (31 de diciembre de 2005).

Los bienes inmuebles de características especiales que a la entrada en vigor de la Ley 51/2002 estén inscritos en el catastro inmobiliario conforme a su anterior naturaleza, mantendrán hasta el 31 de diciembre de 2005 la reducción en la base imponible que tuvieran conforme a la normativa anterior, y les serán de aplicación los tipos de gravamen del IBI previstos para dichos bienes en la Ley 51/2002⁷ (disposición transitoria 1 de la Ley 51/2002).

i) Base liquidable de los bienes inmuebles rústicos (en suspenso *sine die*).

Lo establecido en la Ley 51/2002 respecto a la fijación de la base liquidable del IBI queda en suspenso respecto a los bienes inmuebles rústicos hasta que mediante ley se establezca la fecha de su aplicación (disposición transitoria 2 de la Ley 51/2002).

j) Beneficios fiscales en el IBI.

Los beneficios fiscales en el IBI reconocidos a la entrada en vigor de la Ley 51/2002 cuyos supuestos de disfrute se encuentren recogidos en la misma se mantendrán sin que, en caso de que tengan carácter rogado, sea necesaria su solicitud. Se mantendrán hasta la fecha de su extinción aquellos beneficios fiscales reconocidos en dicho impuesto cuyos supuestos de disfrute no se recogen en la Ley 51/2002, con excepción de la exención relativa a los bienes urbanos cuya base imponible sea inferior a 100.000 pesetas y los rústicos que en su conjunto sea inferior a 200.000 pesetas, que queda extinguida a su entrada en vigor (disposición transitoria 3.1 de la Ley 51/2002).

k) Bonificación en el IBI del artículo 74.5 de la LHL.

El artículo 74.5 de la LHL, introducido por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, permite que los ayuntamientos de más de 750.000 unidades urbanas puedan acordar, para cada ejercicio, la aplicación de una bonificación equivalente a la diferencia positiva entre la cuota íntegra del mismo y la cuota líquida del ejercicio anterior multiplicada esta última por el coeficiente de incremento máximo anual de la cuota líquida que establezca la ordenanza fiscal para cada uno de los tramos de valor catastral. Pues bien, los ayuntamientos que a la entrada en vigor de la Ley 51/2002 la vinieran aplicando, podrán

pección del impuesto, siempre que para 2003 soliciten también la delegación de la inspección. La orden del ministro de Hacienda que conceda la delegación de la gestión censal para 2003 se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* antes del 1 de julio de 2003. En tanto no se publique la orden citada la gestión censal del impuesto se continuará ejerciendo por la entidad que haya ejercido efectivamente dicha competencia en 2002. La delegación de la inspección para 2003 se solicitará en el mismo plazo al Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sin que en este caso sea necesario presentar una nueva solicitud cuando ya se hubiese ejercido dicha competencia por delegación en 2002. El

mismo plazo se aplicará si se desea renunciar al ejercicio de la competencia por delegación en 2003. La orden del ministro de Hacienda que conceda la delegación de la inspección se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* antes del 1 de julio de 2003.

6. Esta comunicación deberá hacerse antes de que finalice el mes de febrero de cada uno de los indicados años.

7. Los restantes bienes inmuebles de características especiales empezarán a tributar en el IBI el día uno de enero del año inmediatamente posterior al de su inscripción en el catastro inmobiliario.

continuar aplicando dicha bonificación hasta la fecha que determine la respectiva ordenanza fiscal (disposición transitoria 3.2 de la Ley 51/2002).

l) Reducción de la base imponible.

Hasta el momento en que adquieran efectividad los valores catastrales determinados mediante la aplicación de ponencias de valores totales o especiales aprobadas de conformidad con lo dispuesto en las normas reguladoras del catastro inmobiliario, mantiene su vigencia la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la LHL y se establece una reducción en la base imponible del impuesto sobre bienes inmuebles, así como el artículo 69.3 de la LHL en su redacción anterior (disposición transitoria 3.3 de la Ley 51/2002).

m) Procedimientos en tramitación.

A los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 51/2002 no les será de aplicación la misma, y se regirán por la normativa anterior (disposición transitoria 4 de la Ley 51/2002).

n) Bonificaciones por inicio de actividad en el IAE.

En relación con los sujetos pasivos del IAE respecto de los cuales, a la entrada en vigor de la Ley 51/2002, no estando exentos del pago del impuesto con arreglo a lo dispuesto en la misma, se estuvieran aplicando las bonificaciones en la cuota por inicio de actividad anteriormente reguladas en la nota común segunda a la sección primera y en la nota común primera a la sección segunda de las tarifas aprobadas por el Real decreto legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, continuarán aplicándose dichas bonificaciones, en los términos previstos en las citadas notas comunes, hasta la finalización del correspondiente período de aplicación de la bonificación (disposición transitoria 7 de la Ley 51/2002).

o) Exenciones en el impuesto sobre vehículos.

Los vehículos que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 51/2002, resultando exentos del impuesto sobre vehículos por aplicación de la anterior redacción del artículo 94.1.d) de la LHL (coches de minusválidos, adaptados para discapacitados y destinados como turismo especiales para personas con minusvalía en silla de ruedas), no cumplan los requisitos fijados para la exención en la nueva redacción dada por esta ley a dicho precepto, continuarán teniendo derecho a la aplicación de la exención prevista en la redacción anterior del citado precepto, en tanto el vehículo mantenga los requisitos fijados en la misma para tal exención (disposición transitoria 8 de la Ley 51/2002).

p) Tipos de gravamen del IBI por usos.

En tanto no se aprueben las nuevas normas reglamentarias en materia de valoración catastral, la diferenciación de tipos de gravamen por usos en el IBI prevista en

la Ley 51/2002 se realizará atendiendo a los establecidos en el cuadro de coeficientes del valor de las construcciones recogido en la norma 20 del anexo al Real decreto 1020/1993, de 25 de junio, teniendo en cuenta las siguientes especialidades señaladas en la disposición transitoria décima de la Ley 51/2002.

–En la Ley 48/2002, del catastro inmobiliario:

a) Contenido de las descripciones catastrales (1 de enero de 2005).

La descripción de los bienes inmuebles contenida en el catastro inmobiliario a la entrada en vigor de la Ley 48/2002 se mantendrá hasta que tenga lugar la práctica de otra posterior conforme a los procedimientos de incorporación en ella regulados o hasta que por cualquier otro medio se modifique, sin perjuicio de la actualización de valores. No obstante, será a partir del 1 de enero de 2005 cuando se incorporen las titularidades que correspondan conforme a los supuestos y las reglas de esta ley, siempre que así resulte de los procedimientos de declaración, comunicación, solicitud, subsanación de discrepancias e inspección catastral previstos en la misma e iniciados con posterioridad a la citada fecha (disposición transitoria 1.3 de la Ley 48/2002).

b) Bienes inmuebles de características especiales (31 de diciembre de 2005).

Los bienes inmuebles de características especiales que a la entrada en vigor de la Ley 48/2002 consten en el catastro inmobiliario conforme a su anterior naturaleza, mantendrán hasta el 31 de diciembre de 2005 el valor, sin perjuicio de su actualización cuando proceda, así como el régimen de valoración. La incorporación al catastro inmobiliario de los restantes inmuebles que, conforme a esta ley, tengan la condición de bienes inmuebles de características especiales, se practicará antes del 31 de diciembre de 2005 (disposición transitoria 1.2 de la Ley 48/2002).

c) Clasificación de bienes inmuebles (1 de enero de 2006).

La clasificación de bienes inmuebles rústicos y urbanos establecida por la Ley 48/2002 tendrá efectividad desde el 1 de enero de 2006. Las incorporaciones o las modificaciones en el catastro inmobiliario que para ello procedan se realizarán de oficio por la Dirección General del Catastro y no requerirán notificación individualizada a los titulares catastrales siempre que no se modifique la descripción catastral de dichos bienes. Hasta dicha fecha, los bienes inmuebles que figuren o que se den de alta en el catastro inmobiliario tendrán la naturaleza que les correspondería conforme a la normativa anterior⁸ (disposición transitoria 1 de la Ley 48/2001).

8. No obstante, en los procedimientos de valoración colectiva de carácter general que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley 48/2002 será de aplicación la clasificación de bienes contenida en la misma, con la excep-

ción de las construcciones ubicadas en suelo rústico, que se regirán por lo establecido en el párrafo anterior.

d) Valoración catastral de bienes inmuebles rústicos (suspendida *sine die*).

Lo establecido en la Ley 48/2002 respecto a la determinación del valor catastral queda en suspenso respecto a los bienes inmuebles rústicos hasta que mediante ley se establezca la fecha de su aplicación, manteniendo su vigencia mientras tanto, a los efectos indicados, la disposición transitoria segunda, apartado 1, de la LHL, así como el procedimiento de renovación del catastro rústico regulado en el artículo 31 y disposiciones concordantes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y su normativa de desarrollo (disposición transitoria 2 de la Ley 48/2002).

e) Normativa reglamentaria preexistente (mantenimiento de vigencia).

Hasta tanto se lleven a efecto las previsiones de desarrollo reglamentario contenidas en la Ley 48/2002, continuarán en vigor, en cuanto no se opongan a ésta, las normas reglamentarias existentes, así como cualquier otra dictada en desarrollo de la normativa anterior⁹ (disposición transitoria 3 de la Ley 48/2002).

f) Procedimientos en tramitación.

A los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 48/2002 no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior (disposición transitoria 4 de la Ley 48/2002).

4. Modificaciones en las normas generales de la LHL

En la tramitación ante el Senado del Proyecto de ley de reforma de la LHL, se han introducido sendas modificaciones de los artículos 9.1 y 10 de la LHL, con unos limitados objetivos:¹⁰ en el primer caso, para permitir a las entidades locales, en uso de su autonomía, anticipar pagos o realizar actuaciones que impliquen colaboración en la recaudación de ingresos; y, en el segundo supuesto, para facilitar el fraccionamiento del pago de los tributos locales, en términos análogos al pago fraccionado del IRPF:

9. Las referencias contenidas en la normativa anterior a revisiones catastrales, fijaciones, revisiones y modificaciones de valores y modificaciones de ponencias, se entenderán hechas a los procedimientos de valoración colectiva general o parcial, o en su caso, al procedimiento de determinación del valor catastral de los bienes inmuebles de características especiales, y las realizadas a alteraciones de orden físico, económico o jurídico concerniente a los bienes inmuebles, a los hechos, los actos o los negocios susceptibles de incorporación en el catastro inmobiliario. De igual forma, las referencias al procedimiento previsto para cambios de naturaleza y aprovechamiento en el artículo 71.3 de la LHL se entenderán hechas al procedimiento simplificado de valoración colectiva.

10. Cf. el "Mensaje motivado del Senado" al proyecto de ley, en el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 113-11, de 17 de diciembre de 2002. Esa tardía incorporación de las modificaciones de los artículos 9 y 10 ha conducido a un error sistemático de bulto en la redacción final de

4.1. Bonificación por colaboración en la recaudación

El nuevo párrafo que se añade al artículo 9.1 de la LHL permite a las entidades locales, en particular, y en las condiciones que puedan prever las ordenanzas fiscales, establecer una bonificación de hasta el 5% de la cuota a favor de los sujetos pasivos que lleven a cabo cualquiera de las tres siguientes actuaciones: a) domicilien sus deudas de vencimiento periódico en una entidad financiera; b) anticipen pagos, y c) realicen actuaciones que impliquen colaboración en la recaudación de ingresos.

Se trata, como reza la justificación de la enmienda que propició la modificación legal, de "permitir a las entidades locales, en uso de su autonomía, premiar las actuaciones de los contribuyentes que faciliten la gestión tributaria".

La bonificación no podrá superar el 5% de la cuota y ha de referirse a alguna de las tres actuaciones reseñadas. La primera, relativa a la domiciliación bancaria de deudas de vencimiento periódico, no ofrece mayores problemas. Ya alguna ordenanza lo establecía indirectamente y fue estimado conforme a derecho. Es el caso de las ordenanzas del Ayuntamiento de Barcelona aprobadas el 24 de diciembre de 1990, disponiendo el artículo 97.5 de la Ordenanza fiscal general que "para el cobro de deudas tributarias realizadas por valores-recibo, al Alcaldía, mediante decreto, podrá acordar el otorgamiento de una deducción sobre la cuota correspondiente a todos los sujetos pasivos que efectúen la domiciliación bancaria de su pago. Esta deducción tendrá la consideración de premio de cobro imputable al presupuesto general del Ayuntamiento".¹¹

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó la impugnación, señalando:

"Con independencia de la cobertura legal que otorgan tales preceptos citados por el Ayuntamiento en su contestación, cualquier facilidad lícita que se ofrezca al contribuyente para el pago de sus tributos en período voluntario ha de recibirse no sólo como ajustada a derecho, sino como positiva desde un punto de vista de la eficacia recaudatoria que haga posible el principio cons-

la Ley 51/2002, por cuanto los artículos 1 y 2 de ésta se han incluido dentro de la sección primera, relativa a las tasas.

11. Fue impugnado por la Cámara de Comercio en el Recurso 172/1991 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, que lo resolvió por la Sentencia 488/1993, de 22 de septiembre de 1993 (ponente: Sr. Aragonés Beltrán), que resume así el planteamiento de las partes: para la demanda constituye una vulneración directa y evidente de la reserva de ley en materia de bonificaciones fiscales que proclaman los artículos 10.b) de la Ley general tributaria y 9 de la Ley 39/1988, de haciendas locales, mientras que para la corporación demandada, al ser la domiciliación de pagos una actuación de los particulares de colaboración y complemento de la actividad municipal recaudatoria, puede ser objeto de una compensación económica según los artículos 224.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, 23 a 29 del Reglamento de servicios y 180 del Reglamento de haciendas locales.

titucional del sostenimiento por todos de los gastos públicos. Todas las facilidades posibles e imaginables debieran desplegarse para que el contribuyente deseara de cumplir sus obligaciones pudiera hacerlo con la máxima comodidad, y, en tal sentido, ya el preámbulo de la Instrucción general de recaudación aprobada por el Decreto 2260/1969, de 24 de julio, explicaba que 'sobre los medios de pago, se ha llegado a facilitar éste hasta los más extremos límites, de tal forma que cualquier deudor, por cualquier concepto y desde cualquier punto de la geografía nacional, sin necesidad de desplazarse para acudir a la caja del órgano recaudador, podrá cumplir con su obligación puntualmente y con toda comodidad', destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986 que con ello se responde a una de las características ideales de la imposición, tal y como las formuló hace dos siglos Adam Smith, y que, por otra parte, la economía, la celeridad, la eficacia y la desconcentración (principios estos últimos constitucionalizados en el artículo 103) de la actividad administrativa se cumplen mejor, obviamente, con aquellas facilidades, que además descongestionan las oficinas gestoras.

"En definitiva, al hacerse posible en el precepto que nos ocupa el otorgamiento de una deducción, considerada como premio de cobranza, para aquellos casos en que se domicilie bancariamente el pago de determinadas deudas tributarias no se está sino aplicando correctamente preceptos constitucionales, por lo que la impugnación ha de ser desestimada."

Las otras dos circunstancias recogidas en el precepto resultan más problemáticas: la anticipación de pagos habrá de referirse a tributos ya devengados o a fraccionamientos o aplazamientos concedidos con carácter general, sin que parezca que pueda establecerse para deudas no devengadas. Por su parte, la realización de actuaciones que impliquen colaboración en la recaudación de ingresos, que se recoge como tercera circunstancia que puede dar lugar a una bonificación de hasta el 5% de la cuota, más bien parece ser la cláusula general que engloba a las dos circunstancias anteriores y a cualquier otra semejante (por ejemplo, pago con tarjeta de crédito o presentación telemática de declaraciones).

En todo caso, la bonificación habrá de venir prevista en la correspondiente ordenanza fiscal, que tendrá que establecer las condiciones, materiales y formales, para poder disfrutarse de la bonificación.

4.2. Inexigibilidad de intereses de demora

Al artículo 10 de la LHL, relativo a los recargos y los intereses de demora, se añade un segundo párrafo, que permite la no-exigencia de interés de demora en los acuer-

dos de aplazamiento o fraccionamiento de pago que cumplan los siguientes requisitos:

–Que lo prevean así las ordenanzas fiscales, que habrá de establecer las correspondientes condiciones y términos.

–Que el aplazamiento o el fraccionamiento hubieran sido solicitados en período voluntario.

–Que se refieran a deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva.

–Que el pago total de las mismas se produzca en el mismo ejercicio que el de su devengo.

La justificación de la enmienda que propició esta modificación legal residió en "facilitar el fraccionamiento del pago en los tributos locales, en términos análogos al pago fraccionado del impuesto sobre la renta de las personas físicas".

El nuevo precepto viene a precisar los requisitos y los presupuestos que, como limitaciones, se imponen a las facultades de los entes locales en materia de aplazamientos y fraccionamientos respecto de la no-exigencia de intereses de demora. El artículo 6.4 del Reglamento general de recaudación establece que el aplazamiento y el fraccionamiento de pago regulado en él sólo será aplicable a las entidades locales en aquello que no esté regulado, con carácter general, por la respectiva entidad, dentro de las previsiones de la LHL y de los artículos 61.3 (intereses de demora, actualmente, artículo 61.2) y 76 (avales y garantías) de la LGT. Estas concretas previsiones del artículo 10 de la LHL terminan con cualquier incertidumbre normativa al respecto.

5. Modificaciones en materia de tasas

Como se explicita en la Exposición de motivos de la Ley 51/2002, de reforma de la LHL, en lo tocante a las tasas locales, se incluyen las siguientes modificaciones:

–Se suprime el supuesto de tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en los casos de instalación de anuncios no ubicados en terrenos de dominio público local, sino únicamente visibles desde el mismo, con la nueva redacción del párrafo s) del apartado 3 del artículo 20 de la LHL.

–Se extiende la actual "tasa del 1,5% [de los ingresos brutos de facturación]" a las entidades que emplean redes ajenas para efectuar sus suministros, aclarando expresamente, que no se incluyen en este régimen los servicios de telefonía móvil, con nueva redacción de todo el apartado 1 del artículo 24 de la LHL.

5.1. Carteleras publicitarias

La tributación local de la publicidad y las carteleras publicitarias ha sido cuestión hartamente problemática.¹² La

12. Cf., más ampliamente, ARAGONÉS BELTRÁN, E., "Resurrección de los gravámenes sobre la publicidad?", en *Tributos locales*, núm. 4, febrero de 2001, pp. 63-73.

redacción originaria de la LHL suprimió el impuesto municipal sobre la publicidad y llevó la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a la figura de los precios públicos.

Con tal redacción, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de abril de 1995¹³ declaró la imposibilidad de sujetar a precio público no sólo los elementos que sirven de soporte a una publicidad, instalados o que materialmente ocupen bienes de dominio público, sino también aquellos otros supuestos en los que los soportes publicitarios no estén instalados en el dominio público, sino que simplemente sean perceptibles desde el mismo. La STS de 5 de mayo de 2000, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Valencia contra la anterior sentencia que se acaba de reseñar.¹⁴

La Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, reformó el artículo 20 de la LHL y en la letra s) de su apartado mencionó la “instalación de anuncios ocupando terrenos de dominio público local o visibles desde carreteras, caminos vecinales, y demás vías públicas locales”.

Pero a partir del auto de 18 de octubre de 2000, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha acordado repetidamente plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el inciso “o visibles desde carreteras, caminos vecinales, y demás vías públicas locales” del indicado precepto,¹⁵ por poder contravenir los artículos 31.1 (principio justicia del sistema tributario) y 133.1 y 133.2 (principio de reserva de ley en el establecimiento de los tributos y sus elementos esenciales) de la Constitución, por la desnaturalización del concepto de tasa que pudiera representar y la ausencia de referencias legales para establecer la cuantía de la exacción en tal supuesto de instalación de anuncios visibles desde carreteras, caminos vecinales, y demás vías públicas locales.

13. Recurso 469/1993: declara la nulidad de la Ordenanza reguladora del precio público por publicidad, dictada por el Ayuntamiento de Valencia y publicado en el BOP de 30 de diciembre de 1992.

14. Según el Alto Tribunal, el problema litigioso se centra exclusivamente en que la sala de instancia considera que no se pueden exigir precios públicos por la publicidad que se ejerza a través de soportes instalados en terrenos o propiedades que, no siendo de dominio público local, sean visibles desde el mismo, singularmente desde las vías y los espacios públicos.

Las conclusiones más importantes de la sentencia son las siguientes:

—Por propia definición legal, el aprovechamiento especial de bienes o instalaciones de uso público requiere la existencia de soportes publicitarios situados precisamente en terrenos de tal índole, con exclusión lógica de los que se hallen ubicados en terrenos o propiedades de dominio privado.

—La publicidad no instalada en terrenos de dominio o uso público, sino visible desde el mismo, sencillamente está fuera de las previsiones de la ley.

—Así lo corrobora también el hecho de que el artículo 75 del añojo Reglamento de bienes de las entidades locales, exigiera a fines tributarios un uso especial del demanio municipal o un uso privativo de los bienes que lo

Tal inciso es el que ha desaparecido en virtud de la reforma de la LHL por la Ley 51/2002, a manera de “un reconocimiento extraprocesal” de la inconstitucionalidad del mismo predicado por el TSJ de Cataluña.

5.2. Tasas de las empresas suministradoras

También ha resultado especialmente conflictiva la llamada “tasa del 1,5%” de los ingresos brutos de facturación de las empresas suministradoras,¹⁶ como consecuencia de la liberalización de los correspondientes sectores y la utilización de redes ajenas por empresas distribuidoras y comercializadoras.

Finalmente, el legislador ha dado una respuesta legal al problema derivado de una seria disfunción entre la normativa anterior y la realidad. En mi opinión, se trata de normas meramente aclaratorias o interpretativas que no innovan propiamente el ordenamiento y en nada obstan a que en ejercicios anteriores se llegue a la misma conclusión final.

La modificación por la Ley 51/2002 del artículo 24.1 de la LHL, regulador del importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, comienza por modificar su estructura. El anterior párrafo primero pasa a constituir, con idéntica redacción, la letra a) del precepto, conteniendo la regulación general de dicho importe. El anterior párrafo segundo, también con la misma redacción, pasa a ser la letra b), para los casos de utilización de procedimientos de licitación pública.

El primer inciso del párrafo tercero pasa a constituir ahora el primer párrafo de la letra c), donde se sigue disponiendo, como regla general, que cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, el subsuelo o el vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas

integran, conceptos que en nada justifican la aplicación de un tributo en el supuesto de autos.

15. Se hace eco de esta cuestión de inconstitucionalidad la Consulta 1694-01, de la SG de Tributos Locales, de fecha 18/09/2001, que sobre la procedencia de la exigencia de tasas locales por la instalación de anuncios visibles desde el dominio público local, contesta lo siguiente en su último párrafo:

“Finalmente, resulta conveniente poner de manifiesto, como información de utilidad para el consultante, que el *Boletín Oficial del Estado* de 23 de junio de 2001 publica la admisión a trámite, por parte del Tribunal Constitucional, de la cuestión de inconstitucionalidad número 5823/2000, planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el citado artículo 20.3.s) de la Ley 39/1988, por presunta vulneración de los artículos 31.1, 133.1 y 133.2 de la Constitución.”

16. Sobre esta cuestión versó mi anterior intervención en el seminario de actualización jurídica local de la Diputación de Barcelona de enero de 2002. Cf. también RUBIO DE URQUÍA, J. I., “Empresas comercializadoras de energía eléctrica, ‘tasa del uno y medio por ciento’ y TSJ de Cataluña”, en *Tributos locales*, núm. 13, diciembre de 2001, pp. 75-883.

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.

A continuación, se añaden a la misma letra c) hasta ocho párrafos nuevos (sólo el último es parcialmente coincidente con el último inciso de la anterior redacción del precepto, sobre compatibilidad con otras tasas):

–El primer párrafo nuevo contiene la esencia de la reforma: a estos efectos, se incluirán entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y comercializadoras de los mismos.

La fórmula de la redacción anterior de la LHL respondía al régimen tradicional del sector eléctrico. La actividad eléctrica se desarrolla en fases sucesivas (generación, transformación, distribución y suministro). En alguna de estas fases (en particular, en las redes de transporte y distribución) existe un “monopolio natural” (es impensable que cada suministrador hubiera de instalar su propia red). Por ello, la solución tradicional fue la explotación de todas las actividades o las fases por una empresa integrada verticalmente, que asumía la obligación de invertir y suministrar la electricidad y asimismo los derechos exclusivos de suministro sobre una zona.¹⁷

Frente al modelo tradicional, la Ley 54/1997, del sector eléctrico, introdujo un nuevo modelo, de “regulación para la competencia”: abierto, introduciendo competencia en lo posible, presidido por los principios de planificación empresarial, explotación descentralizada, con acceso a las redes y remuneración a partir de precios. Ello exige, en lo que aquí interesa: separación de actividades que permita introducir competencia allí donde

ésta sea posible; y libre acceso a la red, esto es, a la infraestructura sobre la que se prestan los servicios competitivos.¹⁸ Entre los sujetos, nos interesan aquí los distribuidores, sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica y mantener las instalaciones de distribución, y los comercializadores, personas jurídicas que accediendo a las redes de transporte o distribución tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores cualificados (los que adquieren electricidad en el mercado, pactando un precio; los no cualificados son los que la adquieren a tarifa).¹⁹

Con arreglo a la nueva redacción de la Ley 51/2002, han de incluirse entre las empresas explotadoras tanto las distribuidoras como las comercializadoras, a las que habrá de girarse la correspondiente liquidación por el 1,5% de sus ingresos brutos.

–Los demás párrafos son meramente aclaratorios o complementarios:

a) No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil.

Se trata de una solución correcta, porque tales servicios no utilizan ni ocupan el dominio público local, sino el dominio radioeléctrico, de titularidad estatal. Por otra parte, la disposición adicional cuarta de la Ley 51/2002 modifica el grupo 761 de la sección primera de las tarifas del IAE, dedicando al servicio de telefonía móvil el epígrafe 761.2, con cuota nacional de 632,11 euros por cada mil abonados o fracción y de 649,16 euros por cada antena. La misma disposición modifica el apartado 3 de la regla 17 de la instrucción del IAE, estableciendo en su letra d) los criterios de distribución de las cuotas correspondientes a los servicios de telefonía móvil.²⁰

17. Las características de esta regulación tradicional eran: ser un modelo cerrado, con derechos exclusivos, con una regulación exhaustiva, con integración vertical de actividades, y presidido por los principios de planificación conjunta vinculante, explotación centralizada y remuneración en base de costes.

18. La ley distingue dos niveles de actividades: las “libres” (producción y comercialización) y las “reguladas” (transporte, distribución y coordinación técnica). Las instalaciones de transporte quedan exceptuadas de la planificación indicativa y están sujetas a una planificación estatal vinculante, debido a su necesidad de coordinación con los planes de urbanismo y de coordinación del territorio.

19. El transporte y la distribución son actividades reguladas, fijándose administrativamente la retribución (llamada peaje). La competencia en producción y comercialización se facilita, sobre todo, estableciéndose el acceso de terceros a las redes en condiciones objetivas y previo pago del peaje regulado (dice la Exposición de motivos: “El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red.”).

La comercialización es una nueva actividad de suministro liberalizado, con libre contratación y libre fijación de precios. Para garantizar la transparencia

de la retribución por transporte y distribución, se establece para las empresas eléctricas la separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas (es decir, entre producción y distribución, y entre distribución y comercialización). Pero es una separación jurídica, que no accionarial, pues se permiten los grupos de empresas (artículo 14.2).

20. Son los siguientes:

a) El 20% de la recaudación, se distribuirá entre las diputaciones provinciales con arreglo a los criterios siguientes:

–La parte de cuota nacional correspondiente al elemento tributario antes, en función del número de éstas con potencia radiada aparente superior a 10 vatios (PAR > 10 w) instaladas en los municipios integrados en cada demarcación provincial y que cuenten con la licencia municipal correspondiente.

–La parte de cuota nacional correspondiente al elemento tributario abonados, en función de la población de derecho de la provincia, entendida ésta como la suma de la población de derecho de todos los municipios integrados en la demarcación provincial, según la definición a que se refiere la letra a) de la letra B) del apartado 2.2 anterior.

b) El 80% restante se distribuirá entre los municipios con arreglo a los siguientes criterios:

–La parte de cuota nacional correspondiente al elemento tributario antenas, en función del número de éstas con potencia radiada aparente superior a 10 vatios (PAR > 10 w) instaladas en los respectivos términos municipales y que cuenten con la licencia municipal correspondiente.

b) Este régimen especial de cuantificación se aplicará a las empresas a que se refiere esta letra c), tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

Se trata de una mera aclaración técnica.

c) A efectos de lo dispuesto en esta letra, se entenderá por ingresos brutos procedentes de la facturación aquellos que, siendo imputables a cada entidad, hayan sido obtenidos por la misma como contraprestación por los servicios prestados en cada término municipal.

Es también una mera precisión técnica.

d) No se incluirán entre los ingresos brutos, a estos efectos, los impuestos indirectos que graven los servicios prestados ni las partidas o las cantidades cobradas por cuenta de terceros que no constituyan un ingreso propio de la entidad a la que se aplique este régimen especial de cuantificación de la tasa.

Aquí, por el contrario, se incide en una cuestión que ha sido objeto de una amplia polémica, incluso jurisprudencial. Nunca ha habido duda de la exclusión de los impuestos indirectos, esencialmente el IVA, que grava los servicios prestados. En cambio, la mención a las partidas o cantidades cobradas por cuenta de terceros y que no constituyan un ingreso propio de la entidad parece referirse a las célebres OFICO, *stock* básico de uranio, etc. El Tribunal Supremo fijó como doctrina legal su inclusión en los "ingresos brutos",²¹ doctrina que hay que entender modificada con la nueva redacción legal.

e) Las empresas que empleen redes ajenas para efectuar los suministros deducirán de sus ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas a otras empresas en concepto de acceso o interconexión a las redes de las mismas. Las empresas titulares de tales redes deberán computar las cantidades percibidas por tal concepto entre sus ingresos brutos de facturación.

Se trata también de una mera precisión técnica,²² introducida para evitar controversias y para obtener el resultado final pretendido: que los ayuntamientos sigan percibiendo la misma cuota final.

f) El importe derivado de la aplicación de este régimen especial no podrá ser repercutido a los usuarios de los

servicios de suministro a que se refiere esta letra c).

La precisión es ajena a la materia propia de las haciendas locales, pero del todo lógica.

g) Las tasas reguladas en esta letra c) son compatibles con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas a que se refiere esta letra deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el artículo 23.1.b) de esta ley, quedando excluida, por el pago de esta tasa, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, el subsuelo o el vuelo de las vías públicas municipales.²³

Tanto esta compatibilidad con las tasas por prestación de servicios o realización de actividades (tasa por licencia de obras o urbanística) como con el ICIO fueron objeto de serias discrepancias de jurisprudencia. La doctrina del Tribunal Supremo zanjó la cuestión, declarando la compatibilidad con el ICIO y la incompatibilidad con la tasa por licencia de obras, criterio éste último corregido por la Ley 25/1998, de 13 de julio.

La nueva redacción de la Ley 51/2002 ratifica la compatibilidad con la tasa por licencia de obras y cualquier otra por prestación de servicios o realización de actividades, precisando la exclusión (incompatibilidad) con otras tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial en suelo, subsuelo o vuelo.

6. Impuesto sobre bienes inmuebles

6.1. Características generales

La Exposición de motivos de la Ley 51/2002, de reforma de la LHL, destaca como "una de las facetas fundamentales" de la misma "una nueva y completa regulación del impuesto sobre bienes inmuebles".

Sin embargo, tal regulación se extiende a los aspectos estrictamente tributarios, permitiendo así dotar a la normativa reguladora de la institución catastral de la necesaria sustentividad. Las oportunas remisiones entre los preceptos de ambas regulaciones permiten, no obstante, articular aquellos aspectos comunes que, como la identidad valor catastral-base imponible, es necesario mantener.²⁴

—La parte de cuota nacional correspondiente al elemento tributario abonados, en función de la población de derecho del municipio, entendida ésta en los términos señalados en la regla 14.1.d) de la presente instrucción.

21. La STS de 23 de enero de 1998 fijó, en recurso de casación en interés de la ley, la siguiente doctrina legal:

"Las partidas incluidas en la facturación de las empresas eléctricas por los conceptos de: programa de investigación y desarrollo tecnológico electrotécnico (0,30); para el *stock* básico de uranio (0,20); para la segunda parte del combustible nuclear (1,10); para atender las obligaciones económicas correspondientes a centrales nucleares (3,54); y por gastos de OFICO (0,45) no son deducibles de la cifra de 'Ingresos brutos procedentes de la facturación' sobre la cual se aplica el 1,50 que determina el precio público por utili-

zación del suelo, el subsuelo y el vuelo de las vías públicas municipales."

22. Procede la enmienda núm. 219 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), con la siguiente justificación: "Evitar que puedan computarse dos veces las mismas cantidades, a efectos del cálculo de la tasa."

23. La redacción final procede de la enmienda núm. 218 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), con esta justificación: "Aclaración técnica para evitar dudas al respecto de la incompatibilidad de la 'tasa del 1,5%' con otras tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local."

24. Con este criterio se siguen las recomendaciones del informe de la Comisión de Expertos creada *ad hoc*.

A este informe se refiere la propia Exposición de motivos de la Ley 51/2002,

La Ley 51/2002 da nueva redacción a todos los preceptos de la LHL que regulan el IBI (artículos 61 a 78), con constantes remisiones a lo que disponga la Ley del catastro inmobiliario en aspectos esenciales de la regulación del propio IBI.

Aparte de novedades puntuales de importancia, pese a la aparatosidad de la reforma, las líneas esenciales del IBI se mantienen.²⁵

6.2. Definición y hecho imponible

En la redacción originaria de la LHL, los artículos 61 a 63²⁶ regulaban la «naturaleza y hecho imponible del IBI». Con la redacción de la Ley 51/2002 desaparecen las rúbricas de la subsección relativa al IBI, y son los artículos 61 y 62 los que regulan, respectivamente, la definición y el hecho imponible.

El nuevo artículo 61 de la LHL se limita ahora a definir el IBI como un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles en los términos establecidos en la propia LHL, con las mismas palabras que la parte correspondiente del anterior artículo 61.

El nuevo artículo 62, por el contrario, contiene una nueva definición del hecho imponible, con importantes novedades.²⁷

a) Las titularidades que constituyen el hecho imponible quedan mejor sistematizadas en el artículo 62.1, se-

gún el cual constituye el hecho imponible del impuesto la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales:

–De una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos.

–De un derecho real de superficie.

–De un derecho real de usufructo.

–Del derecho de propiedad.

b) Se incluye, en el artículo 62.2, la precisión técnica de que la realización del hecho imponible que corresponda de entre los definidos en el apartado anterior por el orden en él establecido determinará la no-sujeción del inmueble a las restantes modalidades en el mismo previstas.

c) La consideración de bienes inmuebles urbanos y rústicos pasa a regularse en la Ley del catastro inmobiliario, pues el artículo 62.3 de la LHL se limita a señalar que a los efectos de este impuesto tendrán la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos como tales en las normas reguladoras del catastro inmobiliario.

La novedad esencial es la incorporación de una tercera categoría de inmuebles, la de bienes de características especiales.²⁸

señalando que: "Con objeto de analizar las líneas básicas del nuevo marco de financiación de las haciendas locales, mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 11 de julio de 2001 se creó la Comisión para el Estudio y la Propuesta de Medidas para la Reforma de la Financiación de las Haciendas Locales, formada por representantes de la Administración General del Estado, de la Administración local, de la Federación Española de Municipios y Provincias y del campo académico. Dicha Comisión rindió su informe con fecha 3 de julio de 2002. Muchas de sus propuestas e iniciativas han sido recogidas en el articulado de esta ley, mediante la que se lleva a cabo una modificación parcial de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, culminando así la reforma de la financiación de las entidades locales iniciada, en una primera fase, con las modificaciones introducidas en la citada Ley 39/1988 por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social."

Dicho informe, en materia de relaciones IBI-catastro, destaca que es un hecho que, en la actualidad, la principal regulación legal del catastro se encuentra incorporada en la LRHL bajo el manto del IBI. Pues bien, teniendo en cuenta que el IBI no debe ser una manifestación tributaria del catastro, pues la finalidad de aquél no es otra que someter a tributación municipal la riqueza inmobiliaria y, por otro lado, teniendo también en cuenta que el catastro, como institución, cumple y está llamado a cumplir fines ajenos al IBI, parece de todo punto razonable –y en esto existe un consenso general entre los miembros de la Comisión– que el catastro deba contar con una regulación sustantiva propia, ajena a la del IBI.

De aquí que, en esta materia, la primera recomendación de la Comisión consista en que la normativa legal del catastro deje estar al abrigo del IBI, sustantivándose de tal modo que, a no muy largo plazo, el ordenamiento jurídico español pueda contar con un texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de catastro.

25. El IBI, según destaca el informe de la Comisión de Expertos, constituye el primer recurso tributario de las haciendas locales, aportando una recaudación efectiva de unos 4.086 millones de euros (680.000 millones de pesetas). Esta importancia recaudatoria se verá incrementada con la exención generalizada del IAE reflejada en la Ley 51/2002.

La Exposición de motivos de la Ley 51/2002 destaca que: "Por lo que se refiere a la regulación del impuesto sobre bienes inmuebles, y aun manteniendo el esquema general de la normativa anterior, son importantes las novedades introducidas, que afectan, básicamente, a la configuración del hecho imponible y de los supuestos de no-sujeción; la regulación de las exenciones; los sujetos pasivos, las bases imponible y liquidable; la determinación de la cuota tributaria y el establecimiento de bonificaciones sobre la misma; y, finalmente, las obligaciones formales."

26. El artículo 61 regulaba la definición y el hecho imponible; el artículo 62, los inmuebles (suelo y construcciones) que tienen la consideración de bienes inmuebles de naturaleza urbana, y el artículo 63, los terrenos y las construcciones que tienen la consideración de bienes inmuebles de naturaleza rústica.

27. Según la Exposición de motivos de la LHL: "En relación con el hecho imponible, se ha mejorado técnicamente su determinación, efectuando una remisión en bloque al concepto de bienes inmuebles a efectos catastrales; especial relevancia tiene, a este respecto, la creación de una nueva categoría de inmuebles, la de bien inmueble de características especiales. También se regulan explícitamente los supuestos de no-sujeción, completando tal y como prevé el artículo 29 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, la determinación concreta del hecho imponible, e incluyendo entre los mismos supuestos que anteriormente se recogían como exenciones."

28. Se recoge así la recomendación del informe de la Comisión de Expertos: "A las dos categorías de bienes inmuebles previstas en la normativa legal del impuesto, rústicos y urbanos, debe añadirse una tercera que se denominará 'bienes inmuebles de características especiales', que estarán formados por conjuntos unitarios de edificios e instalaciones destinados fundamentalmente a actividades industriales y de transporte. Esta nueva modalidad de bien inmueble puede contribuir a que los bienes que en ella se incluyan puedan, no sólo estar más adecuadamente valorados atendiendo a su especificidad, sino también que, teniendo en cuenta la naturaleza de los mismos, es posible aplicarles tipos impositivos diferenciados, revisiones catastrales con periodicidad adecuada y no necesariamente coincidente con la del resto de bienes inmuebles, así como un régimen

El artículo 2 de la Ley 48/2002, del catastro inmobiliario, recoge los siguientes conceptos al respecto:

–Bien inmueble en general.

A los exclusivos efectos catastrales, tiene la consideración de bien inmueble la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios pro indiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble.

–Otros bienes inmuebles.

Tendrán también la consideración de bienes inmuebles: a) los diferentes elementos privativos de los edificios que sean susceptibles de aprovechamiento independiente, sometidos al régimen especial de propiedad horizontal, así como el conjunto constituido por diferentes elementos privativos mutuamente vinculados y adquiridos en unidad de acto y, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, los trasteros y las plazas de estacionamiento en proindiviso adscritos al uso y el disfrute exclusivo y permanente de un titular;²⁹ b) el ámbito espacial de una concesión administrativa sobre los bienes inmuebles o sobre los servicios públicos a los que se hallen afectos, y c) los inmuebles de características especiales.

–Referencia catastral.

A cada bien inmueble se le asignará como identificador una referencia catastral, constituida por un código alfanumérico que permite situarlo inequívocamente en la cartografía oficial del catastro.³⁰

–Clasificación de los bienes.

Los bienes inmuebles se clasifican catastralmente en urbanos, rústicos o de características especiales. El ca-

rácter urbano o rústico del inmueble dependerá de la naturaleza de su suelo.³¹

–Suelo urbano.

Se entiende por suelo de naturaleza urbana el clasificado por el planeamiento urbanístico como urbano, el que, de conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, tenga la consideración de urbanizable y el que reúna las características contenidas en el artículo 8 de la ley citada.³² Tendrán la misma consideración aquellos suelos en los que puedan ejercerse facultades urbanísticas equivalentes a los anteriores según la legislación autonómica. Se exceptúa de la consideración de suelo de naturaleza urbana el que integre los bienes inmuebles de características especiales.

–Suelo rústico.

Se entiende por suelo de naturaleza rústica aquel que no sea de naturaleza urbana conforme a lo dispuesto en el apartado anterior ni esté integrado en un bien inmueble de características especiales.³³

–Construcciones.

A efectos catastrales, tendrán la consideración de construcciones las que detalla el artículo 2.6 de la Ley del catastro,³⁴ en términos análogos, aunque con correcciones a lo que hacían los anteriores artículos 62.b) y 63.b) de la LHL.

–Inmuebles de características especiales.

Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble.

especial de reducción de la base imponible o la no-aplicación del mismo, etcétera.”

29. La atribución de los elementos comunes a los respectivos inmuebles, a los solos efectos de su valoración catastral, se realizará en la forma que se determine reglamentariamente.

30. Sobre la referencia catastral, cf. los artículos 50 a 57 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

31. Debe recordarse que esta clasificación de bienes inmuebles tendrá efectividad desde el 1 de enero de 2006 (disposición transitoria primera de la Ley 48/2002).

32. La disposición adicional segunda de la Ley 6/1998 es del siguiente tenor: “A los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley reguladora de las haciendas locales, de acuerdo con la redacción otorgada por el artículo 21 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, tendrán la consideración de urbanizables los terrenos que así clasifique el planeamiento y estén incluidos en sectores, así como el resto del suelo clasificado como urbanizable a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que lo desarrolle.”

El artículo 8 de la misma Ley 6/1998 dice así:

“Tendrán la condición de suelo urbano, a los efectos de esta ley:

“a) El suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidados por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística.

“b) Los terrenos que en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo.”

33. Se trata, por tanto, de una definición residual o por exclusión, al igual que ocurría con lo que disponía anteriormente el artículo 86.a) de la LHL.

34. Es del siguiente tenor:

“A efectos catastrales tendrán la consideración de construcciones:

“a) Los edificios, sean cualesquiera los materiales de que estén contruidos y el uso a que se destinen, siempre que se encuentren unidos permanentemente al suelo y con independencia de que se alcen sobre su superficie o se hallen enclavados en el subsuelo y de que puedan ser transportados o desmontados.

“b) Las instalaciones industriales, comerciales, deportivas, de recreo, agrícolas, ganaderas, forestales y piscícolas de agua dulce, considerándose como tales, entre otras, los diques, tanques, cargaderos, muelles, pantalanos e invernaderos, y excluyéndose en todo caso la maquinaria y el utillaje.

“c) Las obras de urbanización y de mejora, tales como las explanaciones, y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos, como son los recintos destinados a mercados, los depósitos al aire libre, los campos para la práctica del deporte, los estacionamientos y los espacios anejos o accesorios a los edificios y las instalaciones.

“No tendrán la consideración de construcciones aquellas obras de urbanización o mejora que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio de que su valor deba incorporarse al del bien inmueble como parte inherente al valor del suelo, ni los tinglados o cobertizos de pequeña entidad.”

Se consideran bienes inmuebles de características especiales los comprendidos en los siguientes grupos: a) los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares; b) las presas, los saltos de agua y los embalses, incluido su lecho o vaso, excepto las destinadas exclusivamente al riego; c) las autopistas, las carreteras y los túneles de peaje, y d) los aeropuertos y los puertos comerciales.

d) Respondiendo a otra sugerencia del Informe de la Comisión de Expertos,³⁵ se aclara en el nuevo artículo 62.4 de la LHL que en caso de que un mismo inmueble se encuentre localizado en distintos términos municipales se entenderá, a efectos de este impuesto, que pertenece a cada uno de ellos por la superficie que ocupe en el respectivo término municipal.

e) El apartado 5 y último del artículo 62 de la LHL lleva al ámbito del hecho imponible supuestos de no-sujeción (artículo 29 de la LGT) que anteriormente se recogían como exenciones.³⁶ No están sujetos a este impuesto:

–Las carreteras, los caminos, las demás vías terrestres y los bienes del dominio público marítimo-terrestre e hidráulico, siempre que sean de aprovechamiento público y gratuito.³⁷

–Los siguientes bienes inmuebles propiedad de los municipios en que estén enclavados:³⁸ a) los de dominio público afectos a uso público; b) los de dominio público afectos a un servicio público gestionado directamente por el ayuntamiento, excepto cuando se trate de inmuebles cedidos a terceros mediante contraprestación, y c) los bienes patrimoniales, exceptuados igualmente los cedidos a terceros mediante contraprestación.

6.3. Exenciones

Las exenciones del IBI, anteriormente recogidas en el artículo 64 de la LHL, pasan a venir reguladas en el artículo 63 de la LHL. Las novedades de mayor interés son las siguientes:

a) Se recogen en dos apartados diferenciados las exenciones automáticas u *ope legis* (apartado 1) y aquellas rogadas, que sólo se disfrutan previa solicitud (apartado 2).

b) En la exención de los bienes directamente afectos a la defensa nacional, la seguridad ciudadana y los servi-

cios educativos y penitenciarios, se introduce la precisión que los afectos a la defensa nacional son sólo los del Estado.

c) La exención de los bienes de la Iglesia católica y de las asociaciones confesionales no católicas se recogen en una sola letra del precepto.

d) La exención de los montes poblados con especies de crecimiento lento se simplifica en su regulación legal: serán las reglamentariamente determinadas, cuyo principal aprovechamiento sea la madera o el corcho, siempre que la densidad del arbolado sea la propia o normal de la especie de que se trate.

e) Se mantienen como exenciones automáticas las relativas a la Cruz Roja, convenios y gobiernos extranjeros, y líneas de ferrocarriles.

f) Dentro ya de las exenciones rogadas, se da nueva redacción a la relativa a los centros docentes concertados: los bienes inmuebles que se destinen a la enseñanza por centros docentes acogidos, total o parcialmente, al régimen de concierto educativo, en cuanto a la superficie afectada a la enseñanza concertada. Se añade, además, que esta exención deberá ser compensada por la Administración competente.

g) Se mantienen las exenciones relativas a monumentos o jardines históricos de interés cultural y a montes repoblados.

h) Centros sanitarios públicos: se añade, como exención potestativa, a regular en las correspondientes ordenanzas fiscales, la acordada a favor de los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública, siempre que los mismos estén directamente afectados al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros.

l) Desaparece la exención del anterior artículo 64.k) –bienes urbanos con base imponible inferior a 100.000 pesetas y rústicos inferiores en todo el municipio a 200.000 pesetas–, sustituyéndola por una exención potestativa, referida ahora a la cuota: los ayuntamientos podrán establecer, en razón de criterios de eficiencia y economía en la gestión recaudatoria del tributo, la exención de los inmuebles rústicos y urbanos cuya cuota líquida no supere la cuantía que se determine mediante ordenanza fiscal, a cuyo efecto podrá tomarse en consideración, para los primeros, la cuota agrupada por los ayuntamientos en un único documento de cobro todas

35. "Debe regularse en la LRHL la posibilidad de que el hecho imponible se produzca con respecto a bienes inmuebles cuya superficie se extienda sobre más de un término municipal, así como el establecimiento, para estos casos, de las normas de reparto de las bases imponible y liquidable atendiendo a la superficie ocupada en cada término municipal."

36. Se sigue también la recomendación del informe de la Comisión de Expertos:

"Actualmente, en la regulación legal del IBI prevista en la LRHL, no existe una relación de supuestos de no-sujeción. La Comisión estima que tal relación debería figurar expresamente en la futura regulación del IBI, por ello se

recomienda la adopción de las siguientes medidas:

"–Determinar los supuestos de no sujeción al IBI

"–Transformar las siguientes exenciones, contempladas en la normativa vigente del IBI, en supuestos de no-sujeción: Siempre que sean de aprovechamiento público y gratuito: las carreteras, los caminos, las demás vías terrestres y los bienes del dominio público marítimo-terrestre e hidráulico; Los bienes inmuebles de dominio público municipal afectos a uso público."

37. Coincide con la exención anteriormente recogida en el último inciso del artículo 64.a).

38. Corresponde con la anterior exención recogida en el artículo 64.b).

las cuotas de este impuesto relativas a un mismo sujeto pasivo cuando se trate de tales bienes rústicos sitos en un mismo municipio.

No se ha recogido la sugerencia de la Comisión de Expertos de incorporar a la LHL una remisión expresa a las exenciones de la Ley de fundaciones.³⁹

6.4. Sujetos pasivos

La regulación de los sujetos pasivos contenida en el artículo 65 de la redacción anterior de la LHL se lleva al nuevo artículo 64 de la LHL.

Se distingue ahora entre sujetos pasivos a título de contribuyente y sustitutos.

6.4.1. Contribuyentes y comunidades de bienes

En virtud de la nueva redacción del artículo 62.1, ya no existe ahora una nueva relación de titularidades que confieren la condición de contribuyente, sino que el primer párrafo del artículo 64.1 de la LHL se limita a señalar que son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 33 de la LGT que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto.

La reforma de la LHL no ha recogido las sugerencias del Informe de la Comisión de Expertos sobre la problemática de los entes del artículo 33 de la LGT.⁴⁰

Lo hace, sin embargo, la Ley del catastro inmobiliario, que en su artículo 3 regula los “titulares catastrales”, estableciendo en el apartado 3 nada menos que la preponderancia del NIF:

–Cuando un bien inmueble o uno de los derechos sujetos pertenezca *pro indiviso* a una pluralidad de personas, la titularidad catastral se atribuirá a la comunidad constituida por todas ellas, que se hará constar

bajo la denominación que resulte de su identificación fiscal.

–Pero en el supuesto de incumplimiento de la obligación de aportar el número de identificación fiscal, y sin perjuicio de las sanciones que puedan proceder, la titularidad se asignará a cualquiera de los comuneros, miembros o partícipes de la comunidad o entidad sin personalidad de que se trate.

–La identidad y la cuota de participación de cada uno de los comuneros, miembros o partícipes de las mencionadas entidades se hará constar en el catastro inmobiliario cuando así se solicite expresamente mediante acuerdo unánime de aquéllos.

–Así mismo, los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales podrán solicitar que conste en el catastro inmobiliario la identidad de cada uno de ellos.

De esta forma se soluciona el principal problema a que se refiere la Comisión de Expertos, la posibilidad de que consten individualmente como tales todos los copropietarios de los inmuebles (incluidos los cónyuges regidos por la sociedad de gananciales), a efectos de certificaciones de titularidad catastral. Pero la solución dada al agudo problema de si el sujeto pasivo, en los casos tan frecuentes de comunidad de bienes –indivisión–, es la comunidad o los comuneros, se basa en algo tan accesorio como la aportación o no del NIF de la propia comunidad. Si no se aporta, cabe la imposición de sanciones y, además, la titularidad se asigna a cualquiera de los comuneros.

Por otra parte, la propia Ley del catastro inmobiliario contiene otras normas de interés sobre la titularidad catastral:

–El concepto de titulares catastrales coincide con el de sujetos pasivos del IBI (artículo 64.1 de la LHL, en relación con el artículo 62.1 de la LHL), añadiéndose el requisito de estar dadas de alta en el catastro inmobiliario, así como la precisión del artículo 62.2 de la LHL.

39. La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, a la que se refería el informe de la Comisión de Expertos ha sido derogada, en sus aspectos fiscales, por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE de 24 de diciembre de 2002), y en los sustantivos, por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (BOE de 27 de diciembre de 2002).

El régimen legal actualmente vigente es el contenido en la Ley 49/2002, cuya Exposición de motivos señala: “Por lo que respecta a la fiscalidad de las entidades sin fines lucrativos en materia de tributos locales, el legislador ha decidido mantener las exenciones previstas en la Ley 30/1994, ampliando su ámbito. De este modo, estarán exentos del impuesto sobre bienes inmuebles todos aquellos bienes sujetos a este Impuesto de los que sean titulares las entidades sin fines lucrativos, con la excepción de los afectados a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre sociedades.”

Así se recoge en el artículo 15.1 de la citada Ley 49/2002. Su artículo 2 señala las entidades sin fines lucrativos que deben considerarse como tales a efectos de tal ley, mientras que el artículo 3 de la misma ley especifica los requisitos que deben cumplir para gozar del régimen fiscal propio de las mismas.

40. Dice así:

“La Comisión considera convenientes la adopción de las siguientes medi-

das: establecer en la LRHL un tratamiento específico para los entes del artículo 33 de la LGT (comunidades de bienes, herencias yacentes, proindivisos) en el IBI (artículo 65 de la LRHL).

“Esta medida se debe articular mediante una regulación específica de los supuestos contemplados en el artículo 33 de la LGT, comunidades de bienes, herencias yacentes, etc., que permita dar un tratamiento correcto y no discriminatorio a los sujetos pasivos cuando existe cotitularidad.

“Debe recordarse que en la situación actual se plantean problemas para las entidades gestoras del impuesto en la fase de cobro del tributo, y para los propios cotitulares respecto del tráfico jurídico inmobiliario, puesto que no pueden obtener certificados de titularidad catastral, ya que no constan individualmente como copropietarios del inmueble.

“La medida debe incluir una propuesta de regulación con respecto al IBI que permita conocer el valor del inmueble, y un desglose del valor catastral correspondiente al porcentaje o el coeficiente de participación de cada uno de los cotitulares siempre que, en una primera fase, éstos aporten al catastro de forma voluntaria la información pertinente. En tales casos, así como cuando los órganos gestores del tributo conozcan por cualquier medio la composición interna del ente sin personalidad, se pondrán emitir liquidaciones separadas por cada cuota a los efectos previstos en el artículo 39 de la LGT.”

—Cuando el derecho de propiedad concorra con alguno de los restantes derechos mencionados como sujetos, se incorporará también como titular al propietario que lo solicite, acompañando la documentación acreditativa correspondiente.

—En sus relaciones con el catastro inmobiliario, los titulares catastrales ostentan los derechos reconocidos en el capítulo I de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes, con las especialidades previstas en la propia Ley del catastro inmobiliario.

—Los titulares catastrales tienen el deber de colaborar con el catastro inmobiliario, suministrándole cuantos datos, informes o antecedentes resulten precisos para su gestión, bien sea con carácter general, bien a requerimiento de los órganos competentes de aquel conforme a lo reglamentariamente establecido. La presunción de que a los solos efectos catastrales, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el catastro inmobiliario se presumen ciertos, no aprovechará al titular catastral que incumpla dicha obligación.

—En caso de discrepancia entre la identidad del titular catastral y la del propietario según el Registro de la Propiedad sobre fincas respecto de las cuales conste la referencia catastral en dicho registro, se tomará en cuenta, a los efectos del catastro, la titularidad que resulte del mismo, salvo que la fecha del documento por el que se produce la incorporación al catastro sea posterior a la del título inscrito en el Registro de la Propiedad.

6.4.2. Sustituto y repercusión

Siguiendo parcialmente las sugerencias de la Comisión de Expertos,⁴¹ el nuevo artículo 64 de la LHL dispone:

—Que en el supuesto de concurrencia de varios concesionarios sobre un mismo inmueble de características

especiales será el sustituto del contribuyente el que deba satisfacer el mayor canon.

—Ello será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de derecho común.

—Los ayuntamientos repercutirán la totalidad de la cuota líquida del Impuesto en quienes, no reuniendo la condición de sujetos pasivos del mismo, hagan uso mediante contraprestación de sus bienes demaniales o patrimoniales.⁴²

—Asimismo, el sustituto del contribuyente podrá repercutir sobre los demás concesionarios la parte de la cuota líquida que les corresponda en proporción a los cánones que deban satisfacer cada uno de ellos.

6.5. Afección de bienes y garantías

a) La polémica afección de bienes del texto originario del artículo 76 de la LHL ha pasado a regularse en el artículo 65.1 de la LHL.⁴³ Las novedades son las dos siguientes: 1) la ley limita expresamente la responsabilidad por afección de los bienes inmuebles al pago de la cuota tributaria, y 2) se fortalece, asimismo, el principio de seguridad jurídica que ha de presidir el tráfico inmobiliario al tipificarse en la ley la obligación de notarios de informar a los comparecientes, ya sean requirentes u otorgantes, de las deudas derivadas de la exacción del IBI a las que puede quedar afecto el inmueble objeto del acto o negocio de que se trate.

En cuanto a lo primero, se ha eliminado la referencia legal a la “totalidad de las deudas tributarias y recargos pendientes”, y se ha sustituido por “la totalidad de la cuota tributaria”. La precisión, en línea con los criterios de jurisprudencia disponibles, es de importancia, porque la deuda tributaria, según el artículo 58 de la LGT, comprende, además de la cuota tributaria, los recargos del artículo 61.3 de la LGT y de apremio, el interés de demora y las sanciones pecuniarias. Nada de ello podrá ahora incluirse en la afección de bienes.

41. “En materia de repercusión tributaria, la Comisión recomienda la adopción de las siguientes medidas:

—Establecer, con carácter obligatorio, la repercusión por los ayuntamientos de la cuota líquida del impuesto a quienes, no teniendo la condición de sujetos pasivos del mismo, hagan uso de sus bienes demaniales y patrimoniales mediante contraprestación.

—Establecer, con carácter potestativo, la posibilidad de repercusión por los sujetos pasivos de la cuota líquida del impuesto a quienes, no teniendo la condición de sujetos pasivos del mismo, hagan uso de los bienes inmuebles.”

En cambio, no se ha incorporado al texto de la LHL la sugerencia de la misma Comisión de Expertos relativa al aprovechamiento por turnos de los inmuebles, que reza así: “Establecer un régimen específico para el aprovechamiento por turnos de los bienes inmuebles en el que se deberá especificar el sujeto pasivo obligado al pago y las obligaciones formales específicas que deben cumplirse. La Comisión entiende que deben normalizarse las situaciones novedosas con respecto a los aprovechamientos de los bienes inmuebles como la denominada comúnmente ‘multipropiedad’.”

42. Según la Exposición de motivos de la Ley 51/2002: “En aras a la consecución del principio de neutralidad impositiva, el sistema se perfecciona con

el establecimiento de la repercusión obligatoria para los ayuntamientos de la totalidad de la cuota líquida del Impuesto en quienes, no reuniendo la condición de sujetos pasivos del mismo, hacen uso mediante contraprestación de sus bienes demaniales o patrimoniales.”

43. Recoge, en parte, las recomendaciones de la Comisión de Expertos:

“En materia de afección de bienes al pago de las deudas por IBI, la Comisión propone la adopción de las siguientes medidas:

—Regular la obligación de los notarios de solicitar información o advertir a los comparecientes sobre las deudas pendientes por IBI asociadas al inmueble que se transmite, a efectos de poder informar al adquirente del mismo.

—Precisar que la responsabilidad del adquirente es siempre subsidiaria.

—Delimitar la extensión de la responsabilidad por afección a la cuota tributaria, excluyendo de la misma el recargo de apremio, los intereses, las sanciones y las costas del procedimiento.

—Regular expresamente la validez de los documentos privados como soporte acreditativo de las transmisiones de dominio con plenos efectos tributarios y catastrales.”

En cuanto a la obligación de los notarios, será necesario el oportuno desarrollo reglamentario, que contemple, en especial, la transferencia de información, porque aquella obligación es doble: solicitar la información y advertir a los otorgantes de las escrituras sobre las deudas pendientes del IBI asociadas al inmueble que se transmite.

Nada se establece, sin embargo, respecto del supuesto práctico más litigioso en la materia, relativo a la adquisición del inmueble a través de subasta pública judicial. Debe entenderse que el adjudicatario habrá recabado por su cuenta la correspondiente información, pero no hubiera estado de más establecer un mecanismo análogo al de la obligación de los notarios.

b) El artículo 65.2 consagra también una regla especial en materia de responsabilidad solidaria para las entidades sin personalidad jurídica reguladas en el artículo 33 de la LGT, a cuya problemática ya nos hemos referido al comentar el artículo 3.3 de la Ley del catastro inmobiliario.

La responsabilidad solidaria de los copartícipes o cotitulares por la cuota del IBI, en los supuestos de entidades del artículo 33 de la LGT, depende de su situación en el catastro inmobiliario:

–Si los copartícipes o cotitulares figuran inscritos como tales en el catastro inmobiliario, responderán solidariamente y en proporción a sus respectivas participaciones.

–De no figurar inscritos, la responsabilidad se exigirá por partes iguales en todo caso.

6.6. Base imponible

El nuevo artículo 66 de la LHL regula la base imponible del IBI. Se hace en un solo precepto (frente a los artículos 66 a 71 de la LHL del texto anterior), porque ahora se contiene una remisión general a las normas reguladoras del catastro inmobiliario: la base imponible de este impuesto estará constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles, que se determinará, notificará y será susceptible de impugnación conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del catastro inmobiliario.

Y estas normas reguladoras (Ley 48/2002) contienen importantes novedades en estas materias:

6.6.1. Valor catastral⁴⁴

Según los apartados 1 y 2 del artículo 8 de la Ley del catastro inmobiliario, el valor catastral es el determinado objetivamente para cada bien inmueble a partir de los datos obrantes en el catastro inmobiliario, y estará

integrado por el valor catastral del suelo y el valor catastral de las construcciones.

Para su determinación se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) La localización del inmueble, las circunstancias urbanísticas que afecten al suelo y su aptitud para la producción.

b) El coste de ejecución material de las construcciones, los beneficios de la contrata, honorarios profesionales y tributos que gravan la construcción, el uso, la calidad y la antigüedad edificatoria, así como el carácter histórico-artístico u otras condiciones de las edificaciones.

c) Los gastos de producción y beneficios de la actividad empresarial de promoción, o los factores que correspondan en los supuestos de inexistencia de la citada promoción.

d) Las circunstancias y los valores del mercado.

e) Cualquier otro factor relevante que reglamentariamente se determine.

Como resulta de la letra e) que acaba de transcribirse, pese a las referencias legales, más amplias ahora que antes, seguirán siendo las normas reglamentarias las que, en definitiva, fijarán los criterios para la determinación de los valores catastrales. Así lo ratifica el artículo 8.4 de la misma ley: reglamentariamente se establecerán las normas técnicas comprensivas de los conceptos, las reglas y los restantes factores que, de acuerdo con los criterios anteriormente expuestos y en función de las características intrínsecas y extrínsecas que afecten a los bienes inmuebles, permitan determinar su valor catastral.

Según la disposición transitoria tercera de la misma ley, hasta tanto se lleven a efecto las previsiones de desarrollo reglamentario contenidas en la propia Ley 48/2002, continuarán en vigor, en cuanto no se opongan a ésta, las normas reglamentarias existentes así como cualquier otra dictada en desarrollo de la normativa anterior. Habrá de estarse, pues, a las reglas del Real decreto 1020/1993, de 25 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana.

Por fin, el artículo 8.3 de la Ley del catastro mantiene la esencial regla de que el valor catastral de los inmuebles no podrá superar el valor de mercado. Pero añade una precisión trascendental acerca de este último concepto de valor de mercado: se entenderá por tal el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas.

44. Según la Exposición de motivos de la Ley 48/2002: "De precisa y sistemática debe calificarse también la regulación que ley contiene del valor catastral, concepto sobre el cual en la anterior normativa recaía el principal acento y que ahora, aún manteniendo su singular importancia, pasa a integrarse en el más amplio de descripción catastral. Manteniendo en lo esen-

cial los aspectos más arraigados, las innovaciones se han dirigido, también aquí, a sistematizar y simplificar los distintos mecanismos necesarios para la determinación de los valores y a reforzar el principio de legalidad, y consagrar el de moderación, en su configuración."

Además, se concluye señalando que a este efecto se fijará, mediante una orden ministerial, un coeficiente de referencia al mercado para los bienes de una misma clase. Con ello se da carta de naturaleza legal al polémico coeficiente RM, fijado inicialmente por la Resolución de 15 de enero de 1993, del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, por la que se aprueba el coeficiente RM a efectos de lo establecido en la LHL, que finalmente ha quedado fijado en el 0,5 y definido como constante que expresa la relación que ha de mantener el valor catastral con el valor de mercado, tomando como referencia los estudios de mercado y demás análisis socioeconómicos realizados.

Posteriormente, el coeficiente RM recibió en 1998 el espaldarazo de una orden ministerial, la Orden de 14 de octubre de 1998 sobre aprobación del módulo de valor M y del coeficiente RM y sobre modificación de ponencias de valores, que deroga la Resolución de 15 de enero de 1993 que se acaba de citar, pero recoge en su integridad tanto su significado como la misma relación 0,5 de este coeficiente.

Una última, pero útil, precisión se contiene en el mismo artículo 8.3 de la Ley del catastro: en los bienes inmuebles con precio de venta limitado administrativamente, el valor catastral no podrá en ningún caso superar dicho precio, solucionándose así una larga polémica sobre el valor catastral de las viviendas de protección oficial.

6.6.2 Ponencias de valores

Gran parte de su regulación en el anterior artículo 70 de la LHL, objeto de numerosas modificaciones, se recoge ahora en el artículo 9 de la Ley del catastro: sus apartados 1 y 4 recogen la anterior redacción del artículo 70.1 de la LHL, sobre el contenido de las ponencias.

Se introducen, no obstante, novedades de interés:

a) Bandas de valores. Las ponencias de valores podrán contener, en los términos que reglamentariamente se establezca, los elementos y los criterios necesarios para la valoración de los bienes inmuebles que, por modificación de planeamiento, adquieran la clase a que se

refiere dicha ponencia con posterioridad a su aprobación, a cuyo efecto establecerán las bandas de valores que, en función de tipologías, usos, aprovechamientos urbanísticos y grados de desarrollo del planeamiento y convenientemente coordinados con los del resto del municipio, puedan asignarse a los bienes inmuebles afectados. Su existencia permite la inmediata efectividad de las modificaciones catastrales (cf. artículo 11.3).

b) Respecto de las clases de ponencias, se dispone que serán de ámbito municipal, salvo cuando circunstancias de carácter territorial, económico, administrativo o de otra índole justifiquen una extensión mayor. Y dentro de su ámbito territorial, las ponencias de valores podrán ser: 1) totales, cuando se extiendan a la totalidad de los bienes inmuebles de una misma clase; 2) parciales, cuando se circunscriban a los inmuebles de una misma clase de alguna o varias zonas, polígonos discontinuos o fincas, y 3) especiales, cuando afecten exclusivamente a uno o varios grupos de bienes inmuebles de características especiales.

c) La elaboración de las ponencias de valores se seguirá llevando a cabo por la Dirección General del Catastro, directamente o a través de los convenios de colaboración que se celebren con cualesquiera administraciones públicas en los términos que reglamentariamente se establezca (artículo 8.3). No se ha acogido la sugerencia de parte de la Comisión de Estudios de dar una mayor participación a los ayuntamientos o entes delegados de éstos.⁴⁵

d) Acerca de la publicación y la impugnación de las ponencias, se dispone en los apartados 5 y 6 del mismo artículo 8 que los acuerdos de aprobación, si fueren valores totales o parciales, se publicarán por edicto en el boletín oficial de la provincia, mientras que cuando se trate de ponencias especiales, el edicto se insertará en el *Boletín Oficial del Estado* o en el de la provincia, según que su ámbito territorial exceda o no del provincial. Tal publicación se realizará antes del uno de julio del año en que se adopten, en caso de ponencias de valores totales, y antes del uno de octubre, en caso de

45. Dice así su informe:

"Podría añadirse una posible revisión del sistema de valoración catastral, así como el facilitar la inspección catastral y la incorporación de altas de oficio por parte de las EELL.

"Como alternativa al sistema de valoración y según lo manifestado por un sector de la Comisión, se presenta una propuesta en la que la valoración y la base imponible del IBI debe continuar estando referida al valor de mercado de los mismos, definiendo la ley las normas generales de estimación de esta base y remitiendo a las ordenanzas fiscales los términos concretos del procedimiento de valoración. Para esta fijación del valor de los inmuebles, conforme a su valor de mercado, se pueden establecer mecanismos que recojan con precisión qué elementos se tendrán en cuenta. El procedimiento concreto se basaría en los precios de adquisición de los bienes, con las correspondientes actualizaciones a través del IPC o incremento del valor de la propiedad inmobiliaria en los períodos entre transacciones. En los supuestos en que no se produjeran transmisiones dentro de un determinado período de tiempo, se podrían actualizar los valores a través de modelos estadísticos

contrastados del valor de la propiedad inmobiliaria en un determinado municipio, huyendo así de los artificios valorativos del mil veinte y de los procesos globales de valoración catastral. Los datos de valoración así obtenidos servirían, además de la gestión del IBI y las plusvalías, para actualizar los valores catastrales correspondientes.

"Los municipios que dispongan de capacidad de gestión serán los encargados de realizar dicha valoración de inmuebles, conforme a valor de mercado, actualizar los valores en los momentos de las transmisiones y fijar las variaciones en los períodos entre transmisiones, conforme al IPC y a otros índices objetivos de variación del valor de los bienes inmuebles, pudiéndose incluso determinar un enlace del tributo básico inmobiliario con el de la plusvalía, lo que permitiría un ahorro substancial en la gestión impositiva municipal. Para aquellos municipios que no dispongan de capacidad técnica de gestión para valorar los inmuebles de su territorio se podría acudir a la colaboración de las diputaciones provinciales, comunidades autónomas o de la propia Administración del Estado (Dirección General del Catastro) para realizar dicha función."

ponencias de valores parciales y especiales. Las ponencias serán recurribles en vía económico-administrativa, sin que la interposición de la reclamación suspenda la ejecutoriedad del acto.

6.6.3. Valoración catastral de bienes inmuebles urbanos y rústicos

Son dos los procedimientos de determinación (artículo 10 de la Ley del catastro):

a) Valoración colectiva de bienes inmuebles de una misma clase.

Podrá iniciarse de oficio o a instancia del ayuntamiento correspondiente cuando, respecto a una pluralidad de bienes inmuebles, se pongan de manifiesto diferencias sustanciales entre los valores de mercado y los que sirvieron de base para la determinación de los valores catastrales vigentes, ya sea como consecuencia de una modificación en el planeamiento urbanístico o de otras circunstancias. Podrá ser: 1) de carácter general (si requiere la aprobación de una ponencia de valores total), que sólo podrá iniciarse una vez transcurridos, al menos, cinco años desde la entrada en vigor de los valores catastrales derivados del anterior procedimiento de valoración colectiva de carácter general y se realizará, en todo caso, a partir de los diez años desde dicha fecha; 2) de carácter parcial, cuando requiera la aprobación de una ponencia de valores parcial, debiendo garantizarse la coordinación de los nuevos valores catastrales con los del resto de los inmuebles del municipio, y 3) de carácter simplificado, cuando tenga por objeto determinar nuevos valores catastrales en los supuestos contemplados en el artículo 12 de la ley (procedimiento simplificado).

b) Determinación de forma individualizada.

Se llevará a cabo en toda incorporación o modificación en el catastro inmobiliario, mediante la aplicación de la ponencia de valores vigente en el municipio en el primer ejercicio de efectividad de la incorporación o la modificación del catastro o, en su caso, mediante la aplicación de los módulos establecidos para el ejercicio citado para la tramitación del procedimiento de valoración colectiva simplificada, todo ello sin perjuicio de la aplicación de posteriores ponencias de valores o módulos que afecten al inmueble y de los coeficientes de actualización establecidos por las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado.

6.6.4. Procedimientos de valoración colectiva de carácter general y parcial

Según el artículo 11 de la Ley del catastro:

a) Inicio.

Se iniciarán con la aprobación de la correspondiente ponencia de valores.

b) Notificación.

Los valores catastrales resultantes de estos procedimientos se notificarán individualmente a los titulares catastrales con arreglo a lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 105 de la LGT, a cuyo efecto se podrá recabar la colaboración de las corporaciones locales o de otras administraciones y entidades públicas.⁴⁶ La notificación se practicará por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, así como de la fecha, la identidad de quien la recibe y el contenido del acto notificado, incorporándose al expediente la acreditación de la notificación efectuada.⁴⁷

c) Frustración de la notificación.

Cuando no sea posible realizar la notificación al interesado o a su representante por causas no imputables a la Administración, y una vez intentado por dos veces, se hará así constar en el expediente con expresión de las circunstancias de los intentos de notificación. En estos casos, se publicará en los lugares destinados al efecto en el ayuntamiento y en la gerencia del catastro correspondiente en atención al término municipal en que se ubiquen los inmuebles, a efectos de su notificación por comparecencia, la relación de los titulares con notificaciones pendientes en las que constará el procedimiento que las motiva, órgano responsable de su tramitación y el lugar y plazo en que el destinatario de las mismas deberá comparecer para ser notificado. Dicha publicación irá precedida de un anuncio en el *Boletín Oficial del Estado* o en el boletín de la comunidad autónoma o de la provincia, según el ámbito territorial de competencia del órgano que dictó el acto, en el que se indicará lugar y plazo de su exposición pública. En todo caso la comparecencia se deberá producir en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la publicación del anuncio en el boletín oficial. Cuando transcurrido dicho plazo no se hubiese comparecido, la notificación se entenderá producida a todos los efectos legales desde el día siguiente al del vencimiento del plazo señalado para comparecer.

46. Se suprime la mención a "empresas de servicios especializadas", del anterior artículo 70.4, segundo párrafo, de la LHL.

47. Se suprime el requisito de motivación de los actos de fijación de los valores catastrales, recogido en el párrafo segundo del anterior artículo 70.4 de la LHL, añadido por el artículo 22 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Actualmente, sobre tal cuestión habrá de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 4.2 de la Ley de catastro, del siguiente tenor:

"Los actos resultantes de los procedimientos de incorporación serán

motivados conforme a lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes. Cuando el acto incluya la determinación de un nuevo valor catastral, éste se motivará mediante la expresión de la ponencia de la que traiga causa y, en su caso, de los módulos básicos de suelo y construcción, el valor en polígono, calle, tramo, zona o paraje, el valor tipo de las construcciones y de las clases de cultivo, la identificación de los coeficientes correctores aplicados y la superficie de los inmuebles."

d) Efectividad.

Los acuerdos adoptados tendrán efectividad el día uno de enero del año siguiente a aquel en que se produzca su notificación. No obstante, para aquellos bienes inmuebles que con posterioridad a la aprobación de la ponencia de valores vean modificada la naturaleza de su suelo y las ponencias de valores contengan los elementos y los criterios que permiten la fijación de una banda de valores, los acuerdos surtirán efectos el día uno de enero del año siguiente a aquel en el que tuvieren lugar las circunstancias que originen dicha modificación, con independencia del momento en que se produzca la notificación del acto.

e) Impugnación.

Los actos objeto de notificación podrán ser recurridos en vía económico-administrativa sin que la interposición de la reclamación suspenda su ejecutoriedad. Con referencia exclusiva para los casos de esta notificación de valores, el plazo para la interposición del recurso de reposición o reclamación económico-administrativa será de un mes.⁴⁸

6.6.5. Procedimiento simplificado de valoración colectiva

Según el artículo 12 de la Ley del catastro, este procedimiento se iniciará mediante acuerdo que se publicará por edicto en el boletín oficial de la provincia y no requerirá la elaboración de una nueva ponencia de valores.⁴⁹

Se regirá por las reglas del artículo 12.2⁵⁰ y los actos dictados como consecuencia de él se notificarán a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la LGT, teniendo efectividad el día uno de enero del año siguiente a aquel en que tuviere lugar la modificación del planeamiento del que traigan causa, con independencia del momento en que se inicie el procedimiento y se produzca la notificación de su resolución.

6.6.6. Procedimiento de determinación del valor catastral de los bienes inmuebles de características especiales

Según el artículo 13 de la Ley del catastro se iniciará con

48. Como se analiza posteriormente, esta impugnación se configura en el nuevo artículo 78.4, segundo párrafo, de la LHL, como preclusiva de ulteriores impugnaciones, con lo que desaparece la posibilidad de cualquier impugnación indirecta de los valores catastrales: "Una vez transcurrido el plazo de impugnación previsto en las citadas notificaciones [del valor catastral y base liquidable previstas en los procedimientos de valoración colectiva] sin que se hayan utilizado los recursos pertinentes, se entenderán consentidas y firmes las bases imponible y liquidable notificadas, sin que puedan ser objeto de nueva impugnación al procederse a la exacción anual del impuesto."

49. Recoge lo anteriormente previsto en el artículo 71.3 de la LHL. Los módulos específicos a los que se refiere vienen regulados por la Orden de 5 de julio de 2000 por la que se determinan los módulos de valoración, a efectos de lo establecido en el apartado tercero del artículo 71 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (BOE 172/2000, de 19 de julio de 2000), modificada por la Orden de 5 de febrero de 2002 (BOE 37/2002, de 12 de febrero de 2002).

50. Dice así:

"Este procedimiento se regirá por las siguientes reglas:

"a) Cuando tuviere por causa una modificación de planeamiento que varíe

la aprobación de la correspondiente ponencia especial, estándose en lo demás a lo previsto para los procedimientos de valoración colectiva de carácter general y parcial.

6.6.7. Actualización de valores catastrales

Siguiendo lo anteriormente previsto en el artículo 69.2 de la LHL, dispone el artículo 14 de la Ley del catastro que las leyes de presupuestos generales del Estado⁵¹ podrán actualizar los valores catastrales por aplicación de coeficientes, que podrán ser diferentes para cada clase de inmuebles.

Además, las leyes de presupuestos generales del Estado podrán fijar coeficientes de actualización por grupos de municipios, que se determinarán en función de su dinámica inmobiliaria, de acuerdo con la clasificación de los mismos que se establezca reglamentariamente y estos coeficientes se aplicarán sobre los valores catastrales actualizados.

6.7. Base liquidable

El concepto de base liquidable del IBI fue incorporado a la LHL (artículo 72.1) por la Ley 57/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la LHL y se establece una reducción en la base imponible del IBI.

Esta Ley 57/1997 se deroga explícitamente por la Ley del catastro inmobiliario, y lo esencial de su contenido se lleva a los nuevos artículos 67, 68, 69, 70 y 71 de la LHL.

Según la Exposición de motivos de la Ley 512/2002, en cuanto a la reducción de la base imponible para la determinación de la base liquidable, se perfecciona el sistema establecido en su momento en la Ley 53/1997, y se recogen determinados aspectos cuya necesidad venía siendo demandada, como la simplificación de supuestos en la determinación del valor base o la compatibilidad de la aplicación de la reducción con la actualización de valores catastrales por coeficientes establecidos en las leyes de presupuestos generales del Estado

el aprovechamiento urbanístico de los bienes inmuebles, manteniendo los usos anteriormente fijados, y el valor recogido para esos usos en la ponencia en vigor refleje el de mercado, se determinarán los nuevos valores catastrales de las fincas afectadas conforme a los parámetros urbanísticos mencionados.

"b) Cuando tuviere por causa una modificación de planeamiento que varíe el uso de los bienes inmuebles, dichos bienes se valorarán tomando como valor del suelo el que corresponda a su ubicación, que en todo caso deberá estar comprendido entre el máximo y el mínimo de los previstos para el uso de que se trate en el polígono de valoración en el que se hallen enclavados tales bienes según la ponencia vigente.

"c) Cuando la modificación del planeamiento determine cambios de naturaleza del suelo por incluirlo en ámbitos delimitados, hasta tanto no se apruebe el planeamiento de desarrollo que establezca la edificabilidad a materializar en cada una de las parcelas afectadas, dichos bienes podrán ser valorados mediante la aplicación de los módulos específicos para los distintos usos que se establezcan por orden del ministro de Hacienda."

51. Por ejemplo, según el artículo 60 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2003, con efectos de 1 de enero del año 2003, se actualizarán todos los valores catastrales del IBI,

para cada ejercicio económico. Su ámbito de aplicación, a diferencia de lo contenido en la normativa anterior, se extiende tanto a inmuebles urbanos como rústicos, si bien quedan excluidos del mismo los bienes clasificados como de características especiales.

Se recogen en la nueva regulación las recomendaciones de la Comisión de Expertos.⁵²

Las normas de mayor interés son las siguientes:

–La base liquidable se notificará juntamente con la base imponible en los procedimientos de valoración colectiva, incluyendo la motivación de la reducción aplicada.

–Cuando se produzcan alteraciones de términos municipales y mientras no se apruebe una nueva ponencia de valores los bienes inmuebles que pasen a formar parte de otro municipio mantendrán el mismo régimen de asignación de bases imponibles y liquidables que tuvieran en el de origen. En estos casos, según el nuevo artículo 73.7 de la LHL, los ayuntamientos aplicarán a los bienes inmuebles rústicos y urbanos que pasen a formar parte de su término municipal el tipo de gravamen vigente en el municipio de origen, salvo que acuerden establecer otro distinto.

–En los procedimientos de valoración colectiva la determinación de la base liquidable será competencia de la Dirección General del Catastro y recurrible ante los tribunales económico-administrativos del Estado.

–La reducción en la base imponible, que se aplicará de oficio, se producirá respecto a aquellos bienes inmuebles urbanos y rústicos que se encuentren en algunas de las situaciones que detalla el nuevo artículo 68.1 de la LHL, y no se aplicará respecto del incremento de la base imponible de los inmuebles que resulte de la actualización de sus valores catastrales por aplicación de los coeficientes establecidos en las leyes de presupuestos generales del Estado, ni tampoco a los bienes inmuebles clasificados como de características especiales.

tanto de naturaleza rústica como de naturaleza urbana, mediante la aplicación del coeficiente 1,02.

52. "La Comisión recomienda introducir las siguientes modificaciones en la regulación legal de estas materias:

"Incorporar en la Ley reguladora del IBI los preceptos relativos a la base liquidable de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la LRHL, y se establece una reducción en la base imponible del impuesto sobre bienes inmuebles, con las siguientes modificaciones y mejoras técnicas:

"Excluir a los bienes inmuebles de características especiales de la reducción de la base imponible del IBI prevista para otros bienes inmuebles.

"Incluir expresamente, entre los supuestos en los que procede la reducción de la base imponible del IBI, las alteraciones de valor catastral que ya vinieran disfrutando de reducción como consecuencia de modificaciones de ponencias de valores que afecten a parte de un municipio y de modificaciones del planeamiento urbanístico. Esta previsión está actualmente contemplada en la normativa vigente del IBI por virtud del artículo 21.1 de la Ley 50/1998.

"Simplificar el concepto de componente individual de la reducción, definiéndolo, en todo caso, en función del valor base.

"Obtención del valor base de los terrenos sin edificar que pierden su naturaleza rústica en función de los valores medios del municipio.

–La reducción se aplicará durante un período de nueve años a contar desde la entrada en vigor de los nuevos valores catastrales, siendo su cuantía el resultado de aplicar un coeficiente reductor, único para todos los inmuebles afectados del municipio, a un componente individual de la reducción, calculado para cada inmueble: a) el coeficiente reductor tendrá el valor de 0,9 el primer año de su aplicación e irá disminuyendo en 0,1 anualmente hasta su desaparición, y b) el componente individual de la reducción será, en cada año, la diferencia positiva entre el nuevo valor catastral que corresponda al inmueble en el primer ejercicio de su vigencia y su valor base.

–El valor base será la base liquidable del ejercicio inmediato anterior a la entrada en vigor del nuevo valor catastral, salvo cuando concurren las circunstancias a que se refiere el nuevo artículo 70 de la LHL.

6.8. Cuota del impuesto

Los nuevos artículos 72, 73, 74 y 75 de la LHL regulan la cuota del IBI, antes objeto del artículo 73. Tras la regulación general de la cuota (artículo 92),⁵³ el artículo 73 recoge los tipos de gravamen, general, de los inmuebles de características especiales, tipos incrementados, recargo para inmuebles desocupados y tipos reducidos, mientras los artículos 74 y 75 recogen bonificaciones, preceptivas o potestativas, respectivamente:

6.8.1. Tipo mínimo y supletorio

El tipo de gravamen mínimo y supletorio se mantiene: será el 0,4% cuando se trate de bienes inmuebles urbanos y el 0,3% cuando se trate de bienes inmuebles rústicos.

6.8.2. Tipos máximos

Los tipos máximos serán, para todos los municipios y cualquiera que sea su población, el 1,10% para los urbanos y 0,90% para los rústicos.⁵⁴

"Actualización de los valores catastrales que son objeto de reducción a efectos del IBI, mediante los coeficientes previstos en las leyes de presupuestos generales del Estado, para futuras revisiones catastrales. Deben respetarse, por tanto, las revisiones de valores catastrales realizadas hasta la fecha al amparo de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por lo que éstos quedan congelados.

"Suprimir la posibilidad de reducción para los valores catastrales de inmuebles situados en municipios en los que el número de unidades urbanas sea superior a 750.000 y que se hayan fijado o modificado en virtud de una ponencia de valores parcial en la que haya sido aplicado el coeficiente de referencia al mercado vigente a partir del año 1993, con aplicación por parte del ayuntamiento a los inmuebles afectados de un tipo impositivo distinto del general aplicado en el resto del municipio. La previsión que se contenía en la ley afectaba únicamente al municipio de Barcelona. A fecha de hoy, el precepto es absolutamente gratuito, puesto que la situación que se regula ya no se produce ni siquiera con respecto a Barcelona."

53. "La cuota íntegra de este impuesto será el resultado de aplicar a la base liquidable el tipo de gravamen a que se refiere el artículo siguiente. La cuota líquida se obtendrá minorando la cuota íntegra en el importe de las bonificaciones previstas legalmente."

54. Coinciden con los tipos máximos previstos anteriormente (artículo 73.3 de la LHL) para los municipios con población de derecho superior a 100.000 habitantes.

Para la exposición de motivos, se produce esta importante modificación (que se lleva a cabo también en los demás impuestos locales) en el contexto de proporcionar a los ayuntamientos, como órganos titulares y gestores del impuesto, un amplio abanico de herramientas para conjugar su potencial recaudatorio con las posibilidades que el tributo ofrece como instrumento al servicio de la política tributaria municipal. En realidad, se trata de uno de las mayores perversiones de la exención generalizada del IAE: trasladar a otros grupos de contribuyentes los ingresos derivados del gravamen anterior de las actividades económicas.

Como resulta de la comparación de los anteriores y nuevos tipos máximos, el máximo aumento de la presión tributaria posible por IBI tiene lugar en los municipios de menos de 5.000 habitantes: antes, 0,85 y ahora 1,1 (esto es, un incremento del 29,41%).

6.8.3. Bienes inmuebles de características especiales

El tipo de gravamen aplicable a los bienes inmuebles de características especiales, que tendrá carácter supletorio, será del 0,6%. Los ayuntamientos podrán establecer para cada grupo de los mismos existentes en el municipio, un tipo diferenciado que, en ningún caso, será inferior al 0,4% ni superior al 1,3%.

6.8.4. Tipos incrementados

Los ayuntamientos respectivos podrán incrementar los tipos máximos con los puntos porcentuales que para cada caso se indican, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes. En el supuesto de que sean varias, se podrá optar por hacer uso del incremento previsto para una sola, algunas o todas ellas. Se trata de los mismos incrementos y circunstancias que las anteriormente recogidas en el artículo 73.4 de la LHL.

6.8.5. Tipos diferenciados

Dentro de los límites resultantes de lo dispuesto en los apartados anteriores, los ayuntamientos podrán establecer, para los bienes inmuebles urbanos, excluidos los de uso residencial, tipos diferenciados atendiendo a los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones. Cuando los inmuebles tengan atribuidos varios usos se aplicará el tipo correspondiente al uso de la edificación o dependencia principal. Dichos tipos sólo podrán aplicarse, como máximo, al diez por ciento de los bienes inmuebles urbanos del término municipal que, para cada uso, tenga mayor valor catastral, a cuyo efecto la ordenanza fiscal del impuesto señalará el correspondiente umbral de valor para todos o cada uno de los usos, a partir del cual serán de aplicación los tipos incrementados.

6.8.6. Recargo para inmuebles residenciales desocupados

Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente, los ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el cincuenta por ciento de la cuota líquida del impuesto. Dicho recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo y al que resultará aplicable, en lo no previsto en este párrafo, las disposiciones reguladoras del mismo, se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble, juntamente con el acto administrativo por el que ésta se declare.

Según la Exposición de motivos de la Ley 51/2002, esta posibilidad de aplicar un recargo a los inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados tiene por finalidad "facilitar el acceso de todos los ciudadanos al disfrute de una vivienda digna y adecuada". Su propia existencia ha sido cuestionada desde el punto de vista económico y, sobre todo, de la dificultad de comprobación. En tanto no se dicte la norma reglamentaria que se anuncia para la "desocupación con carácter permanente", no cabrá opinar sobre su efectividad.

6.8.7. Tipos reducidos

Por excepción, en los municipios en los que entren en vigor nuevos valores catastrales de inmuebles rústicos y urbanos, resultantes de procedimientos de valoración colectiva de carácter general, los ayuntamientos podrán establecer, durante un período máximo de seis años, tipos de gravamen reducidos, que no podrán ser inferiores al 0,1% para los bienes inmuebles urbanos ni al 0,075%, tratándose de inmuebles rústicos. Los ayuntamientos que acuerden nuevos tipos de gravamen, por estar incurrido el municipio respectivo en procedimientos de valoración colectiva de carácter general, deberán aprobar dichos tipos provisionalmente con anterioridad al inicio de las notificaciones individualizadas de los nuevos valores y, en todo caso, antes del uno de julio del año inmediatamente anterior a aquel en que deban surtir efecto y de este acuerdo se dará traslado a la Dirección General del Catastro dentro de dicho plazo.

6.8.8. Bonificaciones preceptivas

Se regulan en el nuevo artículo 74 de la LHL, cuyo apartado 4 remite a las ordenanzas fiscales para la especificación de los aspectos sustantivos y formales de las mismas, así como las condiciones de compatibilidad con otros beneficios fiscales. Son las tres siguientes (la relativa a las viviendas de protección oficial es mixta: preceptiva para los tres primeros períodos impositivos y potestativa para los posteriores):

a) Bonificación para empresas de urbanización, construcción y promoción.

La bonificación anteriormente contemplada en el artículo 74 de la LHL⁵⁵ pasa a regularse en el nuevo artículo 74.1:

–El importe de la bonificación será entre el 50 y el 90% en la cuota íntegra del IBI, aplicándose el porcentaje máximo en defecto de acuerdo municipal.

–Será necesario que la bonificación se solicite por los interesados antes del inicio de las obras.

–El objeto de la bonificación serán los inmuebles que constituyan el objeto de la actividad de las empresas de urbanización, construcción y promoción inmobiliaria, tanto de obra nueva como de rehabilitación equiparable a ésta, y no figuren entre los bienes de su inmovilizado.

–El plazo de aplicación de la bonificación comprenderá desde el período impositivo siguiente a aquel en que se inicien las obras hasta el posterior a la terminación de las mismas, siempre que durante ese tiempo se realicen obras de urbanización o construcción efectiva.

–En ningún caso, puede exceder tal plazo de aplicación de tres períodos impositivos.

b) Bonificación a viviendas de protección oficial.

La bonificación anteriormente prevista en la disposición adicional 1.3 de la Ley del impuesto sobre el valor Añadido, se lleva ahora al nuevo artículo 74.2 de la LHL:

–El importe de la bonificación es del 50% en la cuota íntegra del impuesto.

–El plazo de disfrute será durante los tres períodos impositivos siguientes al del otorgamiento de la calificación definitiva.

–El objeto de la bonificación serán las viviendas de protección oficial y las que resulten equiparables a éstas conforme a la normativa de la respectiva comunidad autónoma.

–La bonificación se concederá a petición del interesado, la cual podrá efectuarse en cualquier momento anterior a la terminación de los tres períodos impositivos de duración de la misma y surtirá efectos, en su caso, desde el período impositivo siguiente a aquel en que se solicite.

–Los ayuntamientos podrán establecer una bonificación de hasta el 50% en la cuota íntegra del impuesto, aplicable a los citados inmuebles una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior. La ordenanza fiscal

determinará la duración y la cuantía anual de esta bonificación.

c) Bonificación a cooperativas agrarias.

Tendrán derecho a una bonificación del 95% de la cuota íntegra y, en su caso, del recargo de las áreas metropolitanas, los bienes rústicos de las cooperativas agrarias y de explotación comunitaria de la tierra, en los términos establecidos en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas.

6.8.9. Bonificaciones potestativas

Además de la regulada como potestativa para las viviendas de protección oficial, una vez transcurridos los tres primeros períodos impositivos (artículo 72.2, segundo párrafo), el nuevo artículo 75 de la LHL establece las siguientes bonificaciones potestativas:

a) Asentamientos de población de especial protección.

Se regula en el artículo 75.1:

–El importe de la bonificación, a regular en las ordenanzas fiscales, será de hasta el 90% de la cuota íntegra del IBI.

–El objeto serán los bienes inmuebles urbanos ubicados en áreas o zonas del municipio que reúnan tres condiciones: 1) que conforme a la legislación y planeamiento urbanísticos, correspondan a asentamientos de población singularizados por su vinculación o preeminencia de actividades primarias de carácter agrícola, ganadero, forestal, pesquero o análogas; 2) que dispongan de un nivel de servicios de competencia municipal, infraestructuras o equipamientos colectivos inferior al existente en las áreas o zonas consolidadas del mismo, y 3) que sus características económicas aconsejen una especial protección.

–Las características peculiares y el ámbito de los núcleos de población, las áreas o las zonas, así como las tipologías de las construcciones y los usos del suelo necesarios para la aplicación de esta bonificación y su duración, cuantía anual y demás aspectos sustantivos y formales se especificarán en la ordenanza fiscal.

b) Diferencia de cuota.

Se regula en el artículo 75.2:

–El importe de la bonificación, en la cuota íntegra del

55. Según la Comisión de Expertos:

“El artículo 74 de la LRHL recoge una bonificación del 90% de la cuota del IBI en favor de los inmuebles que constituyan el objeto de la actividad de empresas de urbanización, construcción y promoción inmobiliaria, siempre que dichos inmuebles no figuren entre los bienes del inmovilizado. Existe un amplio consenso en la Comisión al considerar que en mencionado beneficio fiscal, por distintas circunstancias, no ha cumplido con los objetivos que se fijaron en su establecimiento. Por dicha circunstancia, la Comisión entiende que debe regularse nuevamente esta bonificación y que dicha regulación debe recoger, ineludiblemente, los siguientes extremos:

“–Los plazos de presentación de la solicitud del beneficio.

“–La duración del disfrute de la bonificación.

“–La documentación exigible para el otorgamiento del beneficio, sin per-

juicio de que algún requisito pueda ser regulado a través de norma reglamentaria u ordenanza fiscal.

“–Se debe condicionar la concesión de la bonificación a la previa regularización de las alteraciones catastrales de orden físico que sufran los terrenos.

“–El disfrute del beneficio fiscal debe ser renovado anualmente hasta agotar el plazo de disfrute.

“–El porcentaje de bonificación debe ser menor que el que disfrutaban estas empresas con la normativa vigente. A este respecto, se recomienda que el porcentaje de bonificación que se fije puede ser modificado, dentro de los límites que señale la ley estatal, de forma voluntaria para los ayuntamientos a través de sus ordenanzas fiscales.”

impuesto, será equivalente a la diferencia positiva entre la cuota íntegra del ejercicio y la cuota líquida del ejercicio anterior multiplicada esta última por el coeficiente de incremento máximo anual de la cuota líquida que establezca la ordenanza fiscal.

–La duración máxima de la bonificación no podrá exceder de tres períodos impositivos, con efectividad a partir de la entrada en vigor de nuevos valores catastrales de bienes inmuebles de una misma clase, resultantes de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general de ámbito municipal.

–Las liquidaciones tributarias resultantes de la aplicación de esta bonificación se registrarán por lo previsto en el artículo 124.3 de la LGT, sin que sea necesaria su notificación individual en los casos de establecimiento, modificación o supresión de la misma como consecuencia de la aprobación o la modificación de la ordenanza fiscal.

c) Bienes inmuebles de características especiales.

Los ayuntamientos mediante ordenanza podrán regular una bonificación de hasta el 90% de la cuota íntegra del impuesto a favor de cada grupo de bienes inmuebles de características especiales. La ordenanza deberá especificar la duración, la cuantía anual y demás aspectos sustantivos y formales relativos a esta bonificación (artículo 75.3 de la LHL).

d) Familias numerosas.

Las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 90% de la cuota íntegra del impuesto a favor de aquellos sujetos pasivos que ostenten la condición de titulares de familia numerosa. La ordenanza deberá especificar la clase y las características de los bienes inmuebles a que afecte, duración, cuantía anual y demás aspectos sustantivos y formales de esta bonificación, así como las condiciones de compatibilidad con otros beneficios fiscales (artículo 75.4 de la LHL).

Se trata de una de las más llamativas bonificaciones potestativas que se introducen en la LHL,⁵⁶ que puede afectar incluso al carácter real que se predica del IBI y abrir el camino a otras reivindicaciones análogas (jubilos, rentas bajas, etc.), de muy difícil gestión.

6.9. Devengo y período impositivo

Se regulan en el nuevo artículo 76 de la LHL en términos análogos a los anteriormente vigentes (artículo 75 de la LHL):

–Devengo: el primer día del período impositivo.

–Período impositivo: coincide con el año natural.

–Efectividad: los hechos, los actos y los negocios que deben ser objeto de declaración o comunicación ante el catastro inmobiliario tendrán efectividad en el devengo

de este impuesto inmediatamente posterior al momento en que produzcan efectos catastrales. La efectividad de las inscripciones catastrales resultantes de los procedimientos de valoración colectiva y de determinación del valor catastral de los bienes inmuebles de características especiales coincidirá con la prevista en las normas reguladoras del catastro inmobiliario.

Según el artículo 5.6 de la Ley del catastro inmobiliario, los actos dictados como consecuencia de los procedimientos de incorporación mediante declaraciones, comunicaciones y solicitudes tendrán efectividad el día siguiente a aquel en que se produjeron los hechos, los actos o los negocios que originaron la incorporación o la modificación catastral, con independencia del momento en que se notifiquen.

6.10. Declaraciones obligatorias de los sujetos pasivos

La regulación legal relativa a las obligaciones de los sujetos pasivos (antes recogidas en el artículo 77.2 de la LHL y desarrolladas por el Real decreto 1488/1989, de 1 de diciembre) viene ahora contenida en el artículo 77 de la LHL, que se remite a la regulación contenida en la Ley del catastro inmobiliario:

–Las alteraciones concernientes a los bienes inmuebles susceptibles de inscripción catastral que tengan trascendencia a efectos de este Impuesto determinarán la obligación de los sujetos pasivos de formalizar las declaraciones conducentes a su inscripción en el catastro inmobiliario, conforme a lo establecido en sus normas reguladoras.

–Sin perjuicio de la facultad de la Dirección General del Catastro de requerir al interesado la documentación que en cada caso resulte pertinente, en los municipios acogidos mediante ordenanza fiscal al procedimiento de comunicación previsto en las normas reguladoras del catastro inmobiliario, las declaraciones a las que alude este artículo se entenderán realizadas cuando las circunstancias o las alteraciones a que se refieren consten en la correspondiente licencia o autorización municipal, supuesto en el que el sujeto pasivo quedará exento de la obligación de declarar antes mencionada.

El artículo 5 de la Ley del catastro inmobiliario regula las declaraciones, comunicaciones y solicitudes:

–Son declaraciones los documentos por los que se manifiesta o se reconoce ante el catastro inmobiliario que se han producido las circunstancias determinantes de un alta, una baja o una modificación de la descripción catastral de los inmuebles. Los titulares, cuando deban darse de alta como titulares catastrales, están sujetos a la obligación de formalizar las declaraciones

56. Según expuso el ministro de Hacienda al presentar el Proyecto de ley de reforma de la LHL, "más de 500.000 familias numerosas podrían beneficiarse de esta bonificación".

conducentes a la incorporación en el catastro inmobiliario de los inmuebles y de sus alteraciones, excepto en los supuestos de comunicación o de solicitud.

–Son comunicaciones: *a)* las que remitan los notarios y los registradores de la propiedad; *b)* las que formulen los ayuntamientos que, mediante ordenanza fiscal, se obliguen a poner en conocimiento del catastro inmobiliario los hechos, los actos o los negocios susceptibles de generar un alta, una baja o una modificación catastral, derivados de actuaciones para las que se haya otorgado la correspondiente licencia o autorización municipal, y *c)* las que las administraciones actuantes deben formalizar ante el catastro inmobiliario en los supuestos de concentración parcelaria, de deslinde administrativo, de expropiación forzosa y de los actos de planeamiento y de gestión urbanísticos que se determinen reglamentariamente.

–Serán objeto de declaración o comunicación, según proceda, los hechos, los actos o los negocios que se detallan en el artículo 5.4 de la Ley del catastro inmobiliario (por ejemplo, la realización de nuevas construcciones, la adquisición de la propiedad por cualquier título, o la constitución de los derechos reales de usufructo y de superficie).

–Son solicitudes: las de baja, que podrá formular quien figurando como titular catastral hubiera cesado en el derecho que originó dicha titularidad, de incorporación de titularidad y de incorporación de cotitularidades.

–Los actos dictados como consecuencia de estos procedimientos se notificarán a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la LGT, y tendrán efectividad el día siguiente a aquel en que se produjeron los hechos, los actos o los negocios que originaron la incorporación o la modificación catastral, con independencia del momento en que se notifiquen.

6.11. Gestión

El anterior artículo 78 de la LHL regulaba las competencias de los ayuntamientos y de la Administración del Estado (catastro), dentro de la gestión compartida o bifronte del IBI, que tantos problemas prácticos entraña.

La nueva redacción del artículo 78 de la LHL recoge las competencias de los ayuntamientos, mientras que las competencias del Estado vienen reguladas en la Ley del catastro inmobiliario.

6.11.1. Competencias de los ayuntamientos

Rigen las siguientes reglas del nuevo artículo 78 de la LHL:

a) Liquidación, recaudación y revisión de la gestión tributaria.

La liquidación y recaudación, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria de este

impuesto, serán competencia exclusiva de los ayuntamientos. Comprenderán las siguientes funciones (apartados 1, 2 y 3 del artículo 78 de la LHL):

–Reconocimiento y denegación de exenciones y bonificaciones.

–Realización de las liquidaciones conducentes a la determinación de las deudas tributarias (determinando la base liquidable cuando la base imponible resulte de la tramitación de los procedimientos de declaración, comunicación, solicitud, subsanación de discrepancias e inspección catastral previstos en las normas reguladoras del catastro inmobiliario).

–Emisión de los documentos de cobro (pudiendo agrupar en un único documento de cobro todas las cuotas del IBI relativas a un mismo sujeto pasivo cuando se trate de bienes rústicos sitos en un mismo municipio).

–Resolución de los expedientes de devolución de ingresos indebidos.

–Resolución de los recursos que se interpongan contra dichos actos.

–Actuaciones para la asistencia y la información al contribuyente referidas a las anteriores materias.

b) Notificaciones.

No será necesaria la notificación individual de las liquidaciones tributarias en los supuestos en que se hayan practicado previamente las notificaciones del valor catastral y base liquidable previstas en los procedimientos de valoración colectiva.

Y una vez transcurrido el plazo de impugnación previsto en las citadas notificaciones sin que se hayan utilizado los recursos pertinentes, se entenderán consentidas y firmes las bases imponible y liquidable notificadas, sin que puedan ser objeto de nueva impugnación al procederse a la exacción anual del impuesto.

Esta última disposición legal tiene una gran importancia práctica. Hasta ahora, muchos tribunales vienen admitiendo una llamada impugnación indirecta de los valores catastrales con motivo de la impugnación de las liquidaciones que los aplican, posibilidad que ahora se excluye explícitamente. No obstante, la exclusión sólo será posible si consta la notificación en legal forma de los valores catastrales aplicados, por lo que sí cabrá, al impugnar las liquidaciones posteriores del IBI cuestionar la notificación del valor catastral y de la primera notificación aneja a la misma.

c) Padrón catastral.

En línea con lo previsto anteriormente por el artículo 77.1 de la LHL, disponen ahora los artículos 78.5 y 78.6 de la LHL que el IBI se gestiona a partir de la información contenida en el padrón catastral y en los demás documentos expresivos de sus variaciones elaborados al efecto por la Dirección General del Catastro, sin perjuicio de la competencia municipal para la calificación de inmuebles de uso residencial desocupados.

El padrón se formará anualmente para cada término municipal y contendrá la información relativa a los bienes inmuebles, separadamente para los de cada clase y será remitido a las entidades gestoras del impuesto antes del uno de marzo de cada año. Los datos contenidos en el padrón catastral y en los demás documentos citados deberán figurar en las listas cobratorias, documentos de ingreso y justificantes de pago del IBI.

d) Rectificaciones.

En los supuestos en los que resulte acreditada la no coincidencia del sujeto pasivo con el titular catastral, las rectificaciones que respecto a aquél pueda acordar el órgano gestor a efectos de liquidación del impuesto devengado por el correspondiente ejercicio, deberán ser inmediatamente comunicadas a la Dirección General del Catastro (artículo 78.7; *vide* también el artículo 6 de la Ley del catastro inmobiliario).

e) Ejercicio de las competencias.

Las competencias que con relación al IBI se atribuyen a los ayuntamientos se ejercerán directamente por aquellos o a través de los convenios u otras fórmulas de colaboración que se celebren con cualquiera de las administraciones públicas. Además, las entidades locales reconocidas por las leyes y las comunidades autónomas uniprovinciales en las que se integren los respectivos ayuntamientos asumirán el ejercicio de las referidas competencias cuando así lo solicite el ayuntamiento interesado, en la forma y los plazos que reglamentariamente se establezcan (artículo 78.8).

6.11.2. Competencias del Estado

Vienen desperdigadas por la Ley del catastro inmobiliario:

a) Catastro.

La formación y el mantenimiento del catastro inmobiliario y la difusión de la información catastral es competencia exclusiva del Estado. Estas funciones, que comprenden, entre otras, la valoración, la inspección y la elaboración y la gestión de la cartografía catastral, se ejercerán por la Dirección General del Catastro, directamente o a través de las distintas fórmulas de colaboración que se establezcan con las diferentes administraciones, entidades y corporaciones públicas. En todo caso, la superior función de coordinación de valores y la de aprobación de las ponencias de valores se ejercerán en todo caso por la Dirección General del Catastro (artículo 1.4 de la Ley del catastro).

b) Reclamaciones económico-administrativas.

–Procedimientos de incorporación: los actos resultantes de los procedimientos de incorporación al catastro son susceptibles de ser revisados en los términos establecidos en el capítulo VIII del título III de la LGT, sin que la interposición de la reclamación económico-administrativa suspenda su ejecución, salvo que excepcionalmente sea acordada la suspensión por el tribunal

económico-administrativo competente, cuando así lo solicite el interesado y justifique que su ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, ordenando, en su caso, la adopción de las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada (artículo 4.2 de la Ley del catastro).

–Ponencias de valores: las ponencias de valores serán recurribles en vía económico-administrativa, sin que la interposición de la reclamación suspenda la ejecución del acto (artículo 9.6 de la Ley del catastro).

–Procedimientos de valoración colectiva, general o parcial: los actos objeto de notificación podrán ser recurridos en vía económico-administrativa sin que la interposición de la reclamación suspenda su ejecución (artículo 11.4 de la Ley del catastro).

c) Inspección catastral.

Las actuaciones de la inspección catastral se documentarán en diligencias, comunicaciones, actas e informes, cuyo contenido y especialidades se determinarán por una orden del Ministro de Hacienda. La Dirección General del Catastro podrá llevar a cabo actuaciones de inspección conjuntas con los ayuntamientos y las entidades que ejerzan la gestión tributaria del impuesto sobre bienes inmuebles, a petición de los mismos, en los términos que reglamentariamente se determinen (artículos 7.3 y 7.5 de la Ley del catastro).

d) Ponencias de valores.

La elaboración de las ponencias de valores se llevará a cabo por la Dirección General del Catastro, directamente o a través de los convenios de colaboración que se celebren con cualesquiera administraciones públicas en los términos que reglamentariamente se establezca (artículo 9.3 de la Ley del catastro).

e) Deber de colaboración.

Las administraciones y demás entidades públicas, los fedatarios públicos y quienes, en general, ejerzan funciones públicas, estarán obligados a suministrar al catastro inmobiliario, en los términos previstos en el artículo 112 de la LGT, cuantos datos o antecedentes relevantes para su formación y mantenimiento sean recabados por éste, bien mediante disposición de carácter general, bien a través de requerimientos concretos. En particular, las entidades locales y demás administraciones actuantes deberán suministrar a la Dirección General del Catastro, en los términos que reglamentariamente se determinen, aquella información que revista trascendencia para el catastro inmobiliario relativa a la ordenación y a la gestión tributaria del IBI, así como al planeamiento y gestión urbanística, concentraciones parcelarias, deslindes administrativos y expropiación forzosa (artículo 15.2 de la Ley del catastro).

f) Comisión Técnica de Cooperación Catastral.

La disposición adicional cuarta de la Ley del catastro crea la Comisión Técnica de Cooperación Catastral, órga-

no colegiado de naturaleza administrativa dependiente de la Dirección General del Catastro, que será presidido por el director general del Catastro o funcionario en quien delegue y se integrará por seis representantes del citado centro directivo y otros seis de la asociación de entidades locales de ámbito nacional con mayor implantación. Sus funciones serán de estudio y asesoramiento en materia catastral y de cooperación en el desarrollo de las fórmulas de colaboración en la gestión catastral y en la gestión tributaria del IBI que se establezcan.

7. Impuesto sobre actividades económicas

7.1. Características generales

Como ya ha quedado reseñado, el “tema estrella” de la reforma de la de la LHL ha sido la llamada “supresión del IAE”. No hay tal, sin embargo, sino que se declaran exentas a las personas físicas y a las personas jurídicas y las entidades que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a un millón de euros en el ejercicio anterior.

Según los datos oficiales facilitados,⁵⁷ ello representará que 2.118.000 autónomos, profesionales y pequeñas empresas dejarán de pagar, a partir del 1 de enero de 2003, el IAE, lo que representa el 92% de los contribuyentes.

Por el contrario, al 8% que seguirá pagando el IAE, que no se suprime sino que se mantiene sólo con reformas, se le incrementa la cuota, según los mismos datos oficiales, en un 32,1% de media (que resulta de la aplicación del coeficiente de ponderación que se introduce: nuevo artículo 87 de la LHL).

Esta solución legislativa ha sido motivada por estrictas razones políticas, de marcado tinte electoralista, y es por completo ajena a las motivaciones técnicas resaltadas por la Comisión de Expertos, de cuyo informe destacan las siguientes afirmaciones, totalmente desconocidas en la Ley 51/2002:

–En cuanto al principio de suficiencia financiera, el IAE constituye una importante vía de financiación de la hacienda local, de cuya magnitud da idea el hecho de que es el recurso tributario, después del IBI, que más recursos financieros genera. En el momento presente, el IAE es la segunda fuente de ingresos impositivos de los ayuntamientos, con un peso económico importante (1.803 millones de euros/300.000 millones de pesetas) lo que representa un 7% del volumen total de ingresos de los municipios.

–El mantenimiento del IAE como figura tributaria local ha sido cuestionado en los últimos años, desde diversos ámbitos, fundamentalmente por las disfunciones que, en ocasiones, se producen entre los resultados económicos –variables por su propia naturaleza– y la cuantificación de las cuotas del impuesto conformadas sobre la base de elementos tributarios fijos.

–La Comisión considera razonable la existencia de un tributo que someta a gravamen las actividades económicas por parte de las haciendas locales.

–Cualquier modificación del actual sistema tributario local en relación con las actividades económicas debe basarse, entre otros extremos, en procurar no trasladar a otros grupos de contribuyentes los ingresos derivados del gravamen actual de las actividades económicas.

–Ninguna de las fórmulas alternativas estudiadas por la Comisión, mediante el análisis de la información disponible, han dado un resultado aceptable. De las diversas alternativas analizadas, la que ocasionaría menores disfunciones e inconvenientes sería optar por el mantenimiento del impuesto iniciando simultáneamente un proceso de reforma a fin de alcanzar una mayor adecuación del impuesto a los rendimientos reales de las actividades económicas. Alternativamente, si lo que se pretende es disminuir la carga tributaria de determinados colectivos otra opción que se puede asumir sería la de habilitar la deducción de las cuotas básicas satisfechas por el IAE de las cuotas a pagar por el impuesto sobre la renta o el de sociedades, siempre y cuando se cumplieren los requisitos que se estimasen adecuados a fin de eximir de tributación a los colectivos que se pretenda.

La opción legislativa escogida ha sido justamente la contraria de la recomendada por la Comisión de Expertos: se exime a las personas físicas y a las jurídicas con cifra de negocios inferior a un millón de euros, opciones ambas desaconsejadas por sus inconvenientes, y se mantiene para el resto, potenciando para él las disfunciones básicas del impuesto. Además, para compensar la pérdida de ingresos han de aumentarse los tipos máximos de los demás impuestos y establecerse una compensación (disposición adicional décima de la Ley 51/2002, ya estudiada) a cargo del Estado, procedente de la tributación, esencialmente, de los consumidores en general y de los que perciben sus ingresos por nómina (que en esto se ha convertido, en realidad, el IRPF).⁵⁸

Concretamente, la Comisión de Expertos señala en su informe como única ventaja de la exoneración de personas físicas y/o en función de la cifra de negocios la

57. Discurso del ministro de Hacienda en la presentación ante el Congreso de los Diputados del proyecto de ley.

58. Más ampliamente, con extensos razonamientos en contra de la entonces “prometida” supresión del IAE y de las alternativas, más inicuas, en ARAGONÉS BELTRÁN, E., “Estructura de la imposición local. Posible supresión de determinados impuestos como el IAE o el IIVTNU. Fuentes alternativas:

Impuestos locales sobre la renta, recargos sobre impuestos estatales. Posible distinción a estos efectos entre entidades de diverso tamaño”, ponencia recogida en *Financiación de los entes locales* (M. Pont Mestre, coordinador), Madrid-Barcelona: Marcial Pons-Diputación de Barcelona, 2001, pp. 113-187.

relativa sencillez de su implantación y el carácter relevante de la cifra de negocios. Por el contrario, destaca los siguientes inconvenientes:

–Exoneración de personas físicas: *a)* un análisis de los sectores económicos en que son mayoría los titulares bajo la forma de personas físicas pondría de manifiesto que quedarían fuera del tributo ciertos profesionales, personas físicas, de elevada capacidad económica; *b)* el mantenimiento de la gestión censal, al dejar fuera a las personas físicas, sería de complicada realización, y *c)* también debe dejarse apuntado que esta alternativa supondría un medio para mitigar –no para hacer desaparecer– las críticas al IAE.

–Exoneración por cifra de negocios: *a)* el volumen de operaciones no es homogéneo por sectores de actividad, dependiendo del tipo de bienes y servicios comercializados, y del valor añadido y margen de beneficio de cada sector económico; *b)* si no se solventara de alguna forma, existiría un error de salto; *c)* el sistema de control implicaría cierta complejidad procedimental, y *d)* el mantenimiento de la gestión censal se complicaría.

7.2. Exenciones

El hecho imponible y los supuestos de no-sujeción del IAE permanecen invariables en la LHL, siendo el primero de los preceptos modificados el artículo 83 de la LHL, donde se producen las novedades más importantes.

Además de las exenciones actuales, se añaden las siguientes.

7.2.1. Inicio de la actividad

Están exentos del IAE los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español, durante los dos primeros períodos impositivos de este impuesto en que se desarrolle la misma.⁵⁹ Pero no se considerará que se ha producido el inicio del ejercicio de una actividad cuando la misma se haya desarrollado anteriormente bajo otra titularidad, circunstancia que se entenderá que concurre, entre otros supuestos, en los casos de fusión, escisión o aportación de ramas de actividad –letra b) del artículo 83.1 de la LHL.

59. En el proyecto de ley, que se aprobó por el Congreso de los Diputados sin introducir cambio alguno de relevancia, la exención venía referida al primer período impositivo. La ampliación de la exención de uno a dos ejercicios se llevó a cabo por el Senado, “como consecuencia de la petición de la Federación Española de Municipios y Provincias”, según el “mensaje motivado”.

60. En el proyecto de ley, la mención era a las personas físicas (“dicha obligación no se exigirá, en ningún caso, cuando se trate de personas físicas”). La modificación de la referencia por la de contribuyentes por el IRPF es consecuencia de la enmienda 229 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), con la siguiente justificación: “En el caso de personas físicas no residentes con establecimiento permanente, su límite para aplicar la exención es de un millón de euros, por lo que estas personas físicas sí deberán efectuar la comunicación a que se refiere el precepto si cumplen los requisitos para la aplicación de dicho beneficio fiscal.”

Esta exención tendrá carácter rogado y se concederá, cuando proceda, a instancia de parte (artículo 83.4 de la LHL). Los sujetos pasivos que hayan aplicado esta exención presentarán la comunicación relativa a la exención de la letra c), en su caso, el año siguiente al posterior al de inicio de su actividad (artículo 83.3, párrafo segundo, de la LHL).

7.2.2. Personas físicas

Están exentas las personas físicas, sin ningún otro requisito adicional –primer inciso de la letra b) del artículo 83.1 de la LHL.

Además, si bien se dispone que por orden ministerial se establecerá en qué supuestos la aplicación de esta exención (y la de menos de un millón de euros de cifra de negocio) exigirá la presentación de una comunicación dirigida al órgano competente para la gestión del impuesto, en la que se haga constar que se cumplen los requisitos establecidos en dicha letra para la aplicación de la exención, dicha obligación no se exigirá, en ningún caso, cuando se trate de contribuyentes por el IRPF⁶⁰ (artículo 83.3, primer párrafo, de la LHL).

7.2.3. Cifra de negocios inferior a un millón de euros

También están exentos:

–Los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, las sociedades civiles⁶¹ y las entidades del artículo 33 de la LGT, que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a un millón de euros.

–En cuanto a los contribuyentes por el impuesto sobre la renta de no residentes, la exención sólo alcanzará a los que operen en España mediante establecimiento permanente, siempre que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a un millón de euros.

Para la aplicación de esta exención se tendrán en cuenta las siguientes reglas, contenidas en la misma letra c) del artículo 83.1 de la LHL:

Primera. El importe neto de la cifra de negocios se determinará de acuerdo con lo previsto en el artículo 191 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (Real decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre).⁶² Según tal precepto, el importe neto de la cifra de

61. La mención a las sociedades civiles no venía prevista en el proyecto de ley. Su inclusión se debe a la enmienda 228 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), con la siguiente justificación: “En primer lugar, la redacción actual del artículo 21 del proyecto de ley deja al margen de la exención del IAE a las sociedades civiles que tengan personalidad jurídica.

“En la medida en que no tengan personalidad jurídica, estas sociedades serían una de las entidades del artículo 33 de la Ley general tributaria, por lo que la exención del IAE les sería de aplicación.

“Ahora bien, si dichas sociedades tienen personalidad jurídica, no serían consideradas ni como entes del artículo 33 de la LGT ni como sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades (tributan en régimen de atribución de rentas en el IRPF). En estos casos, no quedarían exentas del IAE, lo cual no parece coherente.”

62. El importe neto de la cifra de negocios, y relacionada con él, la dimensión de las entidades, está teniendo un gran predicamento últimamente. Así,

negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas, así como el IVA y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios.

Segunda. El importe neto de la cifra de negocios será, en el caso de los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades o de los contribuyentes por el impuesto sobre la renta de no residentes, el del período impositivo cuyo plazo de presentación de declaraciones por dichos tributos hubiese finalizado el año anterior al del devengo de este impuesto.⁶³ En el caso de las sociedades civiles y las entidades a que se refiere el artículo 33 de la LGT, el importe neto de la cifra de negocios será el que corresponda al penúltimo año anterior al de devengo de este impuesto. Si dicho período impositivo hubiera tenido una duración inferior al año natural, el importe neto de la cifra de negocios se elevará al año.

Tercera. Para el cálculo del importe de la cifra de negocios del sujeto pasivo, se tendrá en cuenta el conjunto de las actividades económicas ejercidas por el mismo. No obstante, cuando la entidad forme parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de comercio, el importe neto de la cifra de negocios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo, entendiéndose que los casos del artículo 42 del Código de comercio son los recogidos en la sección primera del capítulo I de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas (Real decreto 1815/1991, de 20 de diciembre).

Cuarta. En el supuesto de los contribuyentes por el impuesto sobre la renta de no residentes, se atenderá al importe neto de la cifra de negocios imputable al conjunto de los establecimientos permanentes situados en territorio español.

Quienes no tengan derecho a la exención tienen una obligación especial: según el último párrafo del nuevo artículo 91.2 de la LHL, deberán:

–Comunicar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el importe neto de su cifra de negocios.

–Asimismo, los sujetos pasivos deberán comunicar las variaciones que se produzcan en el importe neto de su cifra de negocios cuando tal variación suponga: a) la modificación de la aplicación o no de esta exención, o b) una modificación en el tramo a considerar a efectos de la aplicación del coeficiente de ponderación previsto del artículo 87.

–El ministro de Hacienda establecerá los supuestos en que deberán presentarse estas comunicaciones, su contenido y su plazo y forma de presentación, así como los supuestos en que habrán de presentarse por vía telemática.

7.3. Coeficiente de ponderación

Ya ha quedado señalado que quienes sigan pagando el IAE verán incrementada su cuota por la aplicación de un coeficiente de ponderación determinado en función del importe neto de la cifra de negocios del sujeto pasivo, de acuerdo con el siguiente cuadro (se aplicará sobre las cuotas de tarifa), establecido en el nuevo artículo 87 de la LHL.⁶⁴

Importe neto de la cifra de negocios (euros)	Coeficiente
Desde 1.000.000,00 hasta 5.000.000,00	1,29
Desde 5.000.000,01 hasta 10.000.000,00	1,30
Desde 10.000.000,01 hasta 50.000.000,00	1,32
Desde 50.000.000,01 hasta 100.000.000,00	1,33
Más de 100.000.000,00	1,35
Sin cifra neta de negocio	1,31

A los efectos de la aplicación de este coeficiente, el importe neto de la cifra de negocios del sujeto pasivo será el correspondiente al conjunto de actividades económicas ejercidas por el mismo, y se determinará de acuerdo con lo señalado para la exención de la letra c) del artículo 83.1 de la LHL.

Con este coeficiente, el IAE se aproxima grandemente a un impuesto sobre la cifra de negocios, que, debe recordarse, podrá diferir enormemente de los beneficios.

el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que regula la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo, declara exentos de la misma a "los sujetos pasivos que tengan la consideración de entidades de reducida dimensión de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del impuesto sobre sociedades". Según el artículo 122 de la Ley del impuesto sobre sociedades (Ley 43/1995, de 27 de diciembre), se trata de aquellas cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a cinco millones de euros.

63. El texto final de la LHL altera las previsiones iniciales del proyecto de ley, que se refería, simplemente, al importe neto de la cifra de negocios del período impositivo anterior. El texto final procede de la enmienda 228 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), con la siguiente justificación: "Por otra parte, para la determinación de la exención, se sustituye como punto de referencia la cifra de negocios del año anterior al de devengo del IAE por la correspondiente al período impositivo cuyo plazo de presentación de declaraciones por el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta de no residentes hubiese finalizado el año anterior al del devengo del IAE. En el caso de las sociedades civiles y las entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley general tributaria, el importe neto de la cifra de negocio será el que corresponda al penúltimo año anterior al de devengo del IAE, todo ello con objeto de agilizar la gestión y la recaudación del impuesto, tal y como ha sido solicitado por la Federación Española de Municipios y Provincias."

64. La Ley 51/2002 lleva a cabo una reordenación de los preceptos de la LHL: el contenido del anterior artículo 87 (modificación y actualización de las tarifas y cuotas) pasa, con la misma redacción, a constituir el artículo 86.5 de la LHL. Por otra parte, se modifican los artículos 85 y 86.3 de la LHL, pero sólo para adecuar su terminología a los nuevos coeficientes.

7.4. Coeficiente de situación

La Ley 51/2002 lleva a cabo una sorprendente unificación de los anteriores coeficiente municipal e índice de situación, en un único coeficiente de situación (nuevo artículo 88 de la LHL, que refunde los anteriores artículos 88 y 89 de la LHL): sobre las cuotas modificadas por la aplicación del coeficiente de ponderación, los ayuntamientos podrán establecer una escala de coeficientes que pondere la situación física del local dentro de cada término municipal, atendiendo a la categoría de la calle en que radique:

–Dicho coeficiente no podrá ser inferior a 0,4 ni superior a 3,8.

–A los efectos de la fijación del coeficiente de situación, el número de categorías de calles que debe establecer cada municipio no podrá ser inferior a dos ni superior a nueve.

–En los municipios en los que no sea posible distinguir más de una categoría de calle, no se podrá establecer el coeficiente de situación.

–La diferencia del valor del coeficiente atribuido a una calle con respecto al atribuido a la categoría superior o inferior no podrá ser menor de 0,10.

Esta unificación es técnicamente disparatada, y, a buen seguro, fuente de innumerables litigios. En efecto, se unifican cosas que según la jurisprudencia responden a cuestiones por completo diversas, en particular porque el índice de situación es controlable judicialmente, mientras que no lo es el coeficiente municipal. Aunque la intención legislativa parece ser aumentar la autonomía municipal en la fijación de tipos impositivos, el resultado puede ser el inverso: ahora será controlable judicialmente el coeficiente de situación, que engloba los dos anteriores.

Sin embargo, la novedad esencial consiste en que se destapan los límites en función de la población, de forma que la tributación total podrá ser la misma en todos los municipios, con el consiguiente posible aumento de la presión tributaria en los de menor población.

En suma, el margen que se da a los ayuntamientos es enorme y el aumento de las cuotas (además del índice de ponderación) puede ser porcentualmente muy elevado, sobre todo en los municipios pequeños.

7.5. Bonificaciones

El nuevo artículo 89 de la LHL recoge las bonificaciones del IAE, tanto preceptivas (apartado 1) como potestativas, esto es, cuando las ordenanzas fiscales las establezcan (apartado 2).

7.5.1. Bonificaciones preceptivas

Son las dos siguientes:

a) Cooperativas y análogas.

Las cooperativas, así como las uniones, las federacio-

nes y las confederaciones de las mismas y las sociedades agrarias de transformación, tendrán la bonificación prevista en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas. Se trata de una bonificación del 95%.

b) Inicio de actividad profesional.

Gozarán de una bonificación del 50% de la cuota correspondiente quienes inicien el ejercicio de cualquier actividad profesional, durante los cinco años de actividad siguientes a la conclusión del segundo período impositivo de desarrollo de la misma. El período de aplicación de la bonificación caducará transcurridos cinco años desde la finalización de la exención prevista en la letra b) del apartado 1 del artículo 83 de la LHL.

7.5.2. Bonificaciones potestativas

Habrán de establecerse en las ordenanzas fiscales, que especificarán los aspectos sustantivos y formales no previstos en el artículo 89.2 de la LHL, y, entre otras materias, determinarán si todas o algunas de tales bonificaciones son o no aplicables simultáneamente (artículo 89.3 de la LHL). Son las cuatro siguientes (artículo 89.2 de la LHL):

a) Inicio de actividad empresarial.

Gozarán de una bonificación de hasta el 50% de la cuota correspondiente quienes inicien el ejercicio de cualquier actividad empresarial y tributen por cuota municipal. Se rige por las siguientes reglas:

–Se aplicará la bonificación durante los cinco años de actividad siguientes a la conclusión del segundo período impositivo de desarrollo de la misma.

–Requerirá que la actividad económica no se haya ejercido anteriormente bajo otra titularidad, entendiéndose que la actividad se ha ejercido anteriormente bajo otra titularidad, entre otros, en los supuestos de fusión, escisión o aportación de ramas de actividad.

–El período de aplicación de la bonificación caducará transcurridos cinco años desde la finalización de la exención prevista en la letra b) del apartado 1 del artículo 83 de la LHL.

–La bonificación se aplicará a la cuota tributaria, integrada por la cuota de tarifa ponderada por el coeficiente del artículo 87 y modificada, en su caso, por el coeficiente del artículo 88.

b) Bonificación por creación de empleo.

Gozarán de una bonificación de hasta el 50% de la cuota correspondiente los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y que hayan incrementado el promedio de su plantilla de trabajadores con contrato indefinido durante el período impositivo inmediato anterior al de la aplicación de la bonificación, en relación con el período anterior a aquél.

La ordenanza fiscal podrá establecer diferentes porcentajes de bonificación, sin exceder el límite máximo del 50%, en función de cuál sea el incremento medio de

la plantilla de trabajadores con contrato indefinido.

c) Bonificación por fomento de ahorro de energía.

Gozarán de una bonificación de hasta el 50% de la cuota correspondiente los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y que:

–Utilicen o produzcan energía a partir de instalaciones para el aprovechamiento de energías renovables o sistemas de cogeneración. A estos efectos, se considerarán instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables las contempladas y definidas como tales en el Plan de fomento de las energías renovables. Se considerarán sistemas de cogeneración los equipos y las instalaciones que permitan la producción conjunta de electricidad y energía térmica útil.

–Realicen sus actividades industriales, desde el inicio de su actividad o por traslado posterior, en locales o instalaciones alejadas de las zonas más pobladas del término municipal.

–Establezcan un plan de transporte para sus trabajadores que tenga por objeto reducir el consumo de energía y las emisiones causadas por el desplazamiento al lugar del puesto de trabajo y fomentar el empleo de los medios de transporte más eficientes, como el transporte colectivo o el compartido.

d) Bonificación en relación con los rendimientos.

Gozarán de una bonificación de hasta el 50% de la cuota correspondiente los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y que tengan una renta o rendimiento neto de la actividad económica negativos o inferiores a la cantidad que determine la ordenanza fiscal, la cual podrá fijar diferentes porcentajes de bonificación y límites en función de cuál sea la división, la agrupación o el grupo de las tarifas del impuesto en que se clasifique la actividad económica realizada.

Se trata de una bonificación potestativa incluida en el Senado,⁶⁵ con la siguiente justificación: “Permitir que los ayuntamientos puedan graduar la carga fiscal del impuesto sobre actividades económicas teniendo en cuenta el beneficio de cada actividad económica, pudiendo así reducir dicha carga cuando el beneficio no exista o resulte inferior a la cifra que determine la ordenanza fiscal.”

Es, sin duda, la mejor demostración del total apartamiento de la Ley 51/2002 de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, que destacaba que las críticas al IAE proceden esencialmente de las disfunciones que se

producen entre los resultados económicos –variables por su propia naturaleza– y la cuantificación de las cuotas del impuesto conformadas sobre la base de elementos tributarios fijos. Lo único que queda en la reforma en este sentido es esta posible bonificación de hasta un 50% cuando no exista ningún beneficio o que sea inferior al determinado por la ordenanza.

7.6. Otras modificaciones en el IAE

A través de las modificaciones de las tarifas e instrucción del IAE contenidas en la disposición adicional cuarta de la Ley 51/2002, se alteran esencialmente los siguientes aspectos:

a) Se suprime el elemento “número de obreros” como factor determinante de parte de la cuota del impuesto: en aquellos supuestos en los cuales la cuota de tarifa prevista en el Real decreto legislativo 1175/1990 venga determinada, entre otros, por el elemento tributario “número de obreros”, como una cantidad fija a satisfacer por cada obrero, no se aplicará la parte de la cuota correspondiente a dicho elemento tributario.

b) Se crea un epígrafe específico para los operadores de telefonía móvil, ya comentado.

c) Se minora la cuota del impuesto en función de las superficies que los sujetos pasivos destinen a servicios socioculturales y a servicios de guardería: a efectos de la determinación del elemento tributario “superficie de los locales”, no sólo no se computará sino que se deducirá específicamente de la superficie correspondiente a los elementos directamente afectos a la actividad gravada: la superficie destinada a guardería o el cuidado de hijos del personal o clientes del sujeto pasivo y la superficie destinada a actividades socioculturales del personal del sujeto pasivo.

8. Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica

Son tres los aspectos más relevantes que se modifican por la Ley 51/2002 y que destaca su Exposición de motivos.⁶⁶

8.1. Exención de los vehículos de discapacitados

Se mejora y se amplía el ámbito de la exención de los vehículos de los discapacitados, atendiendo a las reco-

65. Enmienda 233 Del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP). Según el “mensaje motivado”, se añade para permitir que los ayuntamientos puedan graduar la carga fiscal del IAE teniendo en cuenta el beneficio de cada actividad económica.

66. No se recogen otras sugerencias de la Comisión de Expertos relativos a cuestiones de tanto interés práctico como:

–Concepto de “vehículo apto para la circulación”, sugiriéndose el establecimiento de la presunción, de manera clara, pero con carácter *iuris tantum*. Ahora bien, si se quiere, pueden tasarse las pruebas admitidas para

destruir la presunción (ejemplo: declaración de siniestro total efectuada por una compañía aseguradora).

–Domicilio que consta en el permiso de circulación, debiéndose acudir a un punto de sujeción que ofrezca menores problemas, como puede ser el criterio de la vecindad, acreditada mediante el empadronamiento.

–No coincidencia entre el titular real y el titular registral del vehículo, proponiéndose como más acorde con el principio de capacidad económica que se permita al titular registral acreditar que él ya no es el auténtico propietario (presunción *iuris tantum*).

mendaciones del Defensor del Pueblo,⁶⁷ no vinculando la exención ni a la potencia fiscal del vehículo ni a su específica adaptación para su conducción por el discapacitado.

Los términos en que se regula la exención son los siguientes –letra e) del artículo 94.1 de la LHL:⁶⁸

–Vehículos para personas de movilidad reducida a que se refiere la letra A del anexo II del Reglamento general de vehículos, aprobado por Real decreto 2822/1998, de 23 de diciembre.

–Vehículos matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo. Esta exención se aplicará en tanto se mantengan dichas circunstancias, tanto a los vehículos conducidos por personas con discapacidad como a los destinados a su transporte.

–Limitación a un sólo vehículo.

–Se considerarán personas con minusvalía quienes tengan esta condición legal en grado igual o superior al 33%.

La nueva letra d) del artículo 94.1 de la LHL amplía la exención relativa a las ambulancias, ceñidas en el texto anterior a las pertenecientes a la Cruz Roja y referidas ahora a las ambulancias y demás vehículos directamente destinados a la asistencia sanitaria o al traslado de heridos o enfermos. Se configura la exención como objetiva, tal como propuso la Comisión de Expertos.

8.2. Coeficientes máximos de incremento de cuotas

La Ley 51/2002 suprime la diferenciación de coeficientes máximos de incremento de cuotas en función de la población del municipio, fijando un coeficiente máximo único para todos los municipios.

Una vez más, se prescinde de la población y todos los municipios podrán incrementar las cuotas mínimas o subsidiarias mediante un coeficiente que no podrá ser superior a 2 (artículo 96.4 de la LHL), esto es, el mismo

que anteriormente venía previsto para los municipios de más de 100.000 habitantes. Con ello, para los municipios de menos de 5.000 habitantes, la carga impositiva máxima se incrementa un 25%.

8.3. Bonificación para vehículos poco contaminantes

Se incrementa el tope máximo de bonificación permitido a los ayuntamientos para los vehículos poco contaminantes.

Según el texto anterior (artículo 96.6 de la LHL), la bonificación máxima era del 50%, y ahora pasa a ser del 75%.

Por otra parte, se modifica el artículo 100.2 de la LHL, para exceptuar de la obligación de acreditar ante la Jefatura de Tráfico el pago del impuesto, el supuesto de las bajas definitivas de vehículos con quince o más años de antigüedad.

9. Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras

Las modificaciones que se introducen por la Ley 51/2002 en el ICIO son esencialmente técnicas y quedan señaladas así en la Exposición de motivos.

9.1. Sujetos pasivos

Se clarifica la determinación del sujeto pasivo del impuesto, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁶⁹ Según el nuevo párrafo segundo del artículo 102.1 de la LHL, tendrá la consideración de dueño de la construcción, la instalación o la obra quien soporte los gastos o el coste que comporte su realización.

Se añade también la precisión de que el sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de la cuota tributaria satisfecha.⁷⁰

67. También al Defensor del Pueblo se alude en el informe de la Comisión de Expertos: "La institución del Defensor del Pueblo ha incluido reiteradamente entre sus recomendaciones la modificación de la actual regulación aplicable en el IVTM en relación con la exención de los vehículos de los minusválidos. Se ha planteado, en concreto, equipararlo con el impuesto especial sobre determinados medios de transporte, a estos efectos. Ello supondría declarar exentos los vehículos matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo, suprimiendo los actuales requisitos, basados en la potencia fiscal máxima y en la específica adaptación del vehículo para su conducción por un discapacitado. Este sistema, basado en la necesidad de un uso o un destino exclusivo del vehículo por parte del minusválido, requeriría garantizar o fortalecer las facultades de control al efecto por parte de los órganos de gestión, para que pueda acreditarse el cumplimiento de dicha circunstancia."

68. Cf. la disposición transitoria sexta de la LHL, ya comentada.

69. Se sigue la recomendación de la Comisión de Expertos: "Parece conveniente modificar la definición del sujeto pasivo contribuyente, de forma que, tal y como se hace ahora, pero de manera más clara, se atribuya tal condición al dueño de la obra. Por otra parte, también debe pensarse en concretar este concepto jurídico indeterminado, que ha suscitado problemas en algunos supuestos. Así sucede en las construcciones de aparcamientos por parte de empresas concesionarias, donde se ha discutido quién es el dueño de la obra, ya que el aparcamiento revierte al ayuntamiento al fin de la con-

cesión. Las STS de 17 de mayo de 1994 y de 13 de marzo de 1995 consideran que la empresa adjudicataria es el sujeto pasivo, estableciendo el criterio de que el sujeto pasivo es quien soporta o asume el coste de la realización de la obra. En todo caso, dichos litigios podrían evitarse con una mayor concreción del concepto de 'dueño de la obra'."

70. También se siguen, parcialmente, las recomendaciones de la Comisión de Expertos: "En relación con el sustituto se suscitan, básicamente, dos problemas. El primero, de carácter general, consiste en que la ley no prevé ningún mecanismo que permita facilitar la repercusión del impuesto pagado sobre el contribuyente. No obstante, tal vez esta cuestión deba solventarse en la LGT y no en la propia LRHL. La STS de 24 de julio de 1999 entiende que la cuestión de la repercusión del pago del impuesto, por parte del sustituto al contribuyente, queda, ante el silencio de la LRHL, a lo que pueda derivarse de los pactos o acuerdos entre las partes. El segundo problema se deriva de la definición tan amplia de sustituto que efectúa el artículo 102.2 de la LRHL. Así, puede pensarse en suprimir la referencia al petionario de la licencia. En cualquier caso, debe advertirse que no se convierte en sustituto aquél que solicita una licencia en representación de otro, tal y como han señalado las STSJ de Valencia de 9 de diciembre de 1993 (JT 1542) y de Madrid de 28 de mayo de 1996 (JT 682)."

El Proyecto de ley de reforma de la LHL se refería al "importe de la obligación tributaria satisfecha", expresión que se corrigió en el Senado, haciendo finalmente referencia a al "importe de la cuota tributaria satisfecha".

9.2. Base imponible

El nuevo artículo 103.1 de la LHL clarifica la base imponible del impuesto, de acuerdo con los criterios del Tribunal Supremo. Las precisiones son importantes, pese a limitarse a esta incorporación a la ley de los criterios de jurisprudencia:⁷¹

–La base imponible del impuesto está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, la instalación o la obra, entendiéndose por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquella.

–No forman parte de la base imponible el impuesto sobre el valor añadido y demás impuestos análogos propios de regímenes especiales, las tasas, los precios públicos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público local relacionadas, en su caso, con la construcción, la instalación o la obra, ni tampoco los honorarios de profesionales, el beneficio empresarial del contratista ni cualquier otro concepto que no integre, estrictamente, el coste de ejecución material.

9.3. Tipo de gravamen

La Ley 51/2002 suprime la diferenciación de tipos máximos de gravamen en función de cuál sea la población del municipio, fijando un tipo máximo único para todos los municipios.

Frente a lo previsto en el proyecto de ley, finalmente se ha mantenido en el 4% el tipo máximo de gravamen,⁷² que coincide con el previsto anteriormente para los municipios con más de 100.000 habitantes. Para los municipios de menos de 5.000 habitantes, ello significa un posible aumento de la presión fiscal del 66,66%.

A manera de contrapeso del incremento del tipo máximo de gravamen, el proyecto de ley establecía la deducción, en todo caso, de lo pagado en concepto de tasa por el otorgamiento de la licencia urbanística. Tal deducción preceptiva ha desaparecido finalmente, manteniéndose la anterior, potestativa.⁷³

71. Se siguen las recomendaciones de la Comisión de Expertos:

“La actual referencia legal al coste real y efectivo» de la construcción, instalación u obra, como base imponible del ICIO, ha originado multitud de pronunciamientos administrativos, doctrina les y de jurisprudencia.

“La problemática ha girado básicamente en torno a la inclusión o no en la base imponible del tributo de conceptos como los honorarios de profesionales (arquitecto o aparejador) o el beneficio empresarial del contratista, habiendo mantenido el TS un criterio contrario a la inclusión de tales conceptos en la base imponible del impuesto. Entre otras muchas, pueden citarse las sentencias de 1 de febrero de 1994 (Aranzadi 1326), de 16 de enero de 1995 (Aranzadi 431), de 2 de abril de 1996 (Aranzadi 3129), de 28 de octubre de 1996 (Aranzadi 7305), de 15 de noviembre de 1997 (Aranzadi 9257) y de 3 de abril de 1999 (Aranzadi 2964).

“Los problemas y las dudas que, a todos los niveles, se han planteado en relación con la base imponible del ICIO, han sido debidos a la excesivamente sucinta definición legal de tal base imponible, por lo que cabe pensar en la conveniencia de que la ley permita delimitar, con mayor precisión, los conceptos que deben entenderse incluidos en la base del tributo. Además, la nueva redacción del artículo 103.1 de la LRHL, introducida por la Ley 50/1998

9.4. Bonificaciones potestativas

El artículo 104.2 de la LHL reformado habilita a los ayuntamientos para establecer bonificaciones a favor de las construcciones, las instalaciones o las obras que contribuyan o que se refieran al uso de la energía solar, a los planes de fomento de la inversión privada en infraestructuras, a las viviendas de protección oficial y a las condiciones de acceso y habitabilidad de los discapacitados:

–Energía solar: bonificación de hasta el 95% a favor de las construcciones, las instalaciones o las obras en las que se incorporen sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía solar para autoconsumo, condicionándose la aplicación de esta bonificación a que las instalaciones para producción de calor incluyan colectores que dispongan de la correspondiente homologación de la administración competente.

–Planes de fomento de la inversión privada en infraestructuras: bonificación de hasta el 50%.

–Viviendas de protección oficial: bonificación de hasta el 50%.

–Condiciones de acceso y habitabilidad de los discapacitados: bonificación de hasta el 90%.⁷⁴

Por otra parte, el nuevo artículo 104.5 de la LHL permite que los ayuntamientos puedan establecer en sus ordenanzas fiscales sistemas de gestión conjunta y coordinada de este impuesto y de la tasa correspondiente al otorgamiento de la licencia.

10. Plusvalía (IIVTNU)

10.1. Características generales

La regulación del IIVTNU no ha variado sustancialmente tras la reforma de la LHL por la Ley 51/2002, que mantiene el tributo y sólo introduce en el mismo retoques técnicos, además de suprimir las diferencias en los porcentajes anuales de determinación del incremento de

no ha acabado de solucionar el problema, ya que no aclara definitivamente si la expresión ‘coste real y efectivo’ puede identificarse, tal y como pretenden las CCLL, con el concepto de ‘coste total’.

“Una definición de la base imponible ajustada a los criterios del TS supondría definir dicha base en función del coste de ejecución material de la construcción, la instalación o la obra.”

72. Enmienda 236 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), cuya justificación fue la siguiente: “Resulta adecuado reducir, del 5% al 4%, el tipo máximo del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Esta enmienda es complementaria de la enmienda de supresión del apartado dos del artículo 33 del proyecto de ley.”

73. Enmienda 237 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), con esta justificación: “Con esta supresión, seguirá siendo potestativo para los ayuntamientos deducir, de la cuota del ICIO, el importe de la tasa satisfecha por la licencia urbanística. Se fortalece así el principio de autonomía municipal.”

74. Bonificación introducida en el Senado para “favorecer y facilitar las condiciones de vida de los discapacitados”.

valor en función de la población de cada municipio, fijando un porcentaje único por cada período de generación, y de suprimir igualmente los diferentes tipos máximos de gravamen también en función de la población del municipio, fijando un tipo máximo único para todos los municipios. Tales modificaciones suponen la posibilidad de que los municipios de menor población puedan aumentar significativamente la recaudación, con el consiguiente aumento de la tributación de sus ciudadanos.

El fundamento del impuesto, sin embargo, se puso en cuestión por la Comisión de Expertos, señalando que aunque suele afirmarse que el mismo se encuentra en el artículo 47.2 de la CE (“la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”), sin embargo, esta afirmación aparece desmentida si contemplamos los pronunciamientos judiciales que sostienen la sujeción al tributo de aquellos casos en que la plusvalía obedece a la acción urbanizadora y al esfuerzo económico de los propietarios. De esta forma, el impuesto parece configurarse como un mero gravamen sobre las plusvalías, suscitándose problemas de sobreimposición en relación con los IRPF y el impuesto sobre sociedades.⁷⁵

Ha de advertirse, no obstante, que otros destacados autores han salido en defensa del impuesto. Así, se ha afirmado⁷⁶ que lo impone la autonomía local y el conocimiento de que las entidades locales ya se han organizado para conocer puntualmente de la realización de hechos imposables del impuesto mediante convenios con notarios, registradores de la propiedad, etc., de forma que, actualmente, los ayuntamientos ya están liquidando el impuesto de forma fácil y con un procedimiento que supone escasas molestias para el contribuyente. Se considera por ello que el impuesto debe mantenerse si bien con las modificaciones que se señalan.

75. Según sigue señalándose por la Comisión:

“Ante esta situación, la Comisión considera que existen dos posibilidades. De un lado, declarar la no sujeción de supuestos como el descrito, de manera que el tributo encuentre su razón de ser en la acción urbanística externa al propio sujeto pasivo. De otro, establecer algún mecanismo de coordinación con los impuestos estatales antes mencionados. Incluso, puede pensarse en suprimir este impuesto, sustituyéndolo por un recargo sobre aquellos tributos. No obstante, esta posibilidad no es de fácil articulación.

“De un lado, porque las plusvalías sólo tributan de forma independiente en el impuesto sobre la renta y en caso de que hayan sido generadas en más de un año. De otro, ya que existen múltiples beneficios fiscales que afectan a estas rentas en los IRPF y los IS: régimen transitorio, diferimiento por reinversión, etcétera.

“En cualquier caso, la Comisión considera que, al menos, debe permitirse, como sucedía en el anterior impuesto municipal sobre incremento de valor de los terrenos, la deducción de las contribuciones especiales y de las mejoras efectuadas por el sujeto pasivo, siempre que se hayan tenido en cuenta para la determinación del valor catastral.”

76. ACÍN FERRER, A. “Mirando hacia la reforma de la Ley de haciendas locales”, en *Tributos locales*, 22, octubre de 2002, pp. 106-107.

77. Dice así:

“En cuanto a las exenciones, debe replantearse la calificación de la regu-

10.2. Supuestos de no-sujeción y exenciones

La Ley 51/2002 introduce modificaciones en los artículos 105 y 106, de muy diversa entidad:

–En primer lugar, se añade un último inciso al artículo 105.2 de la LHL, para aclarar la sujeción del incremento de valor que experimenten los terrenos integrados en la nueva categoría de bienes inmuebles clasificados como de características especiales a efectos del IBI.

–En cuanto al artículo 106 de la LHL, aparte la reordenación sistemática de la letra e) del artículo 106.2, que pasa a ser la letra g) del mismo precepto, las modificaciones afectan a la eliminación de los supuestos de exención de las letras a) y c) del artículo 106.1, que pasan a constituir supuestos de no-sujeción en el artículo 105.3, y a la modificación de la letra a) del artículo 106.2. Con ello se cumple lo que se indica en la exposición de motivos:

–Se convierten en supuestos de no-sujeción los actuales supuestos de exención aplicables a las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal y a las transmisiones entre cónyuges o a favor de los hijos por sentencias de nulidad, separación o divorcio, para evitar situaciones de fraude.

–Se adapta la exención de los organismos autónomos a la Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

10.2.1. Sociedad conyugal y transmisiones entre cónyuges en crisis matrimoniales

La problemática planteada por las anteriores letras a) y c) del artículo 106.1 de la LHL queda reflejada en el informe de la Comisión de Expertos:⁷⁷

La Ley de reforma de la LHL ha optado, correctamente, por conceptualizar todos los supuestos de las letras a) y c) del artículo 106.1 de la LHL como supuestos de no-sujeción, al añadir un nuevo apartado 3 al artículo 105 de

lada en el artículo 106.1.a) de la LRHL. Dicho precepto declara exentas, por un lado, las aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal y las adjudicaciones que a su favor y en pago de ella se verifiquen y, por otro lado, las transmisiones que se hagan entre ellos en pago de sus haberes comunes.

“Comenzando por el primer supuesto de exención mencionado, se ha discutido su carácter de no sujeción o de exención. De forma similar a lo que sucedía en el caso de las juntas de compensación, sostener una u otra postura tiene relevancia a efectos de determinar el momento inicial de cómputo de la plusvalía. La jurisprudencia entiende, mayoritariamente, que se trata de un supuesto de exención. En este sentido, pueden citarse las STS de 19 de mayo (Aranzadi 3521) y de 18 de noviembre de 1994 (Aranzadi 9095) y 30 de marzo de 1999 (Aranzadi 2959). Ello determina que, en caso de que se produzca una ulterior transmisión, quede libre de gravamen la plusvalía obtenida hasta la aportación o adjudicación, ya que el momento inicial de cómputo del incremento será este último.

“Sin embargo, hay argumentos para sostener que nos encontramos ante un supuesto de no sujeción y así debe calificarse por la futura ley. Ello porque la sociedad conyugal carece de personalidad jurídica, por lo que no puede afirmarse que estas aportaciones y adjudicaciones constituyan, propiamente, una transmisión. Si ello es así, estamos ante un supuesto de no sujeción y la fecha determinante del cómputo de la plusvalía debe ser la adquisición originaria del inmueble.

la LHL y suprimir aquellas dos letras. Según tal apartado 3: a) no se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes, y b) tampoco se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial.

Se sigue con ello el acertado criterio⁷⁸ de que los beneficios fiscales previstos en la LHL deben revisarse, particularmente la exención establecida en el artículo 106.1.a) de la LHL, que debe convertirse en un supuesto de no-sujeción, siendo de gran trascendencia que finalmente se modifique el régimen tributario de las aportaciones de terrenos a la sociedad conyugal y las adjudicaciones a favor de los cónyuges para evitar las actuales situaciones de fraude de ley en el impuesto, criticando en este punto el informe de la Comisión y proponiendo en definitiva impedir la “legítima economía de opción” posible con el actual texto legal.

Hay que señalar que, en efecto, la jurisprudencia (en especial, la STS de 30 de marzo de 1999, que examina la cuestión con todo detalle) admitía situaciones verdaderamente injustas como la “legítima economía de opción”⁷⁹, por lo que debe entenderse errónea la mención en la Exposición de motivos de la Ley 51/2001 a evitar “situaciones de fraude”.

10.2.2. Exención de los organismos autónomos

La nueva redacción de la letra a) del artículo 106.2 de la LHL declara la exención subjetiva del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales a las que pertenezca el municipio, así como los organismos autónomos del Estado y las entidades de derecho público de

análogo carácter de las comunidades autónomas y de dichas entidades locales.

Para la recta inteligencia del nuevo precepto previsto, ha de tenerse en cuenta la clasificación y la adscripción de los organismos autónomos del artículo 43 de la referida 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.⁸⁰

Por tanto, estarán exentos los organismos autónomos (regidos por los artículos 45 a 52 de la misma Ley 6/1997) y no exentas las entidades públicas empresariales (artículos 53 a 60 de la misma ley). En su caso, deberá tenerse presente la disposición transitoria tercera de dicha Ley 6/1997, que regula la adaptación de los organismos autónomos y las demás entidades de derecho público a las previsiones de la propia ley.

10.3. Base imponible

Según la Exposición de motivos de la Ley 51/2002, se introducen respecto de la base imponible del impuesto, regulada en el artículo 108 de la LHL, las siguientes modificaciones:

–Se simplifica y se sistematiza el precepto de determinación de la base imponible.

–Se suprimen las diferencias actuales en los porcentajes anuales de determinación del incremento de valor en función de la población de cada municipio, fijando un porcentaje único por cada período de generación.

Respecto de la pretendida simplificación y sistematización del artículo 108 de la LHL, queda concretada, sintéticamente, así:

–La aplicación del porcentaje anual (que pasa a ser único) del anterior artículo 108.2 pasa a ser regulado en el artículo 108.4.

–Los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 108 pasan a ser las letras a), b), c) y d) del artículo 108.2

–La reducción del artículo 108.7 pasa a regularse en el artículo 108.3.

⁷⁸ Por lo que se refiere al segundo de los supuestos comprendidos en el artículo 106.1.a) de la LRHL, es decir, las transmisiones a los cónyuges en pago de sus haberes comunes, no cabe duda de que se trata de una exención. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que dicha norma puede dar lugar a la aparición de situaciones de fraude de ley. Así sucede si, constante matrimonio, se otorgan capitulaciones por las que se disuelve el régimen de gananciales, adjudicándose los bienes a los cónyuges. En tal caso, la transmisión posterior, si se realiza de forma inmediata, se verá libre de gravamen. Esta vía de elusión del tributo puede evitarse mediante la cláusula de prohibición general del fraude de ley prevista en la LGT. No obstante, como es conocido, dicho precepto plantea serios problemas, materiales y procedimentales, en su aplicación. Por ello, puede ser conveniente pensar la posibilidad de introducir un presupuesto de hecho subrogatorio, de manera que se prevea que, en los casos en que medie poco tiempo –que deberá concretarse en el precepto– entre la disolución de la sociedad y la transmisión, se tomará como período de permanencia el que haya transcurrido desde la adquisición primitiva del bien.”

⁷⁸ Cf. ACÍN FERRER, A., obra citada, p. 107.

⁷⁹ Concluye así dicha STS: “En el caso de autos no existe *fraus legis*, sino simple economía de opción, pues de una parte el Código civil deja absoluta libertad a los cónyuges para modificar su régimen económico-matrimonial,

puediendo acordar la disolución de la sociedad legal de gananciales, constante matrimonio, cuando les convenga, y de otra parte, la LHL [artículo 106.2 a)] declara exentas del impuesto sobre incremento de valor de los terrenos las adjudicaciones de los bienes gananciales, de modo que el actor no hizo sino aprovecharse de una exención ejecutable *ope legis*, aunque por el discutible uso de los conceptos tributarios, exención, en lugar de no-sujeción, se haya producido la exoneración total del incremento de valor originado desde que la sociedad legal de gananciales adquirió los terrenos, hasta el momento de su enajenación a un tercero de los terrenos que se le habían adjudicado.”

⁸⁰ Dice así:

“1. Los organismos públicos se clasifican en:

“a) Organismos autónomos.

“b) Entidades públicas empresariales.

“2. Los organismos autónomos dependen de un ministerio, al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad, a través del órgano al que esté adscrito el organismo.

“3. Las entidades públicas empresariales dependen de un ministerio o un organismo autónomo, correspondiendo las funciones aludidas en el apartado anterior al órgano de adscripción del ministerio u organismo. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma naturaleza.”

10.3.1. Regla general para determinar la base imponible

Según el nuevo texto del artículo 108.1 de la LHL, la base imponible de este impuesto está constituida por el incremento del valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de veinte años. A efectos de la determinación de la base imponible, habrá de tenerse en cuenta el valor del terreno en el momento del devengo, de acuerdo con lo previsto en los apartados 2 y 3 de este artículo, y el porcentaje que corresponda en función de lo previsto en su apartado 4.

En esta nueva definición de la base imponible no se recogen las sugerencias de la Comisión de Expertos referidas a la vigencia del principio nominalista (STC 221/1992, de 11 de diciembre)⁸¹ y a la aparente contradicción existente entre los apartados primero y tercero del artículo 108 de la LHL, pues con arreglo al primero la base imponible está compuesta por el incremento real de los terrenos, mientras que el segundo advierte que el valor de los terrenos en el momento de la transmisión será el catastral.⁸²

Por el contrario, se prescinde (tanto en este apartado 1 del artículo 108 de la LHL, como en los demás apartados del mismo) del calificativo de "real" que se daba al incremento en el texto legal anterior. Está por ver la transcendencia que ello tendrá en la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de si el sistema de cálculo establecido constituye una ficción de la que no puede prescindirse en ningún caso o, si por el contrario, es una simple presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por el interesado mediante la adecuada prueba.⁸³

10.3.2. Porcentaje anual de incremento

La novedad esencial de la Ley 51/2002 consiste en suprimir las diferencias actuales en los porcentajes anuales de determinación del incremento de valor en función de la población de cada municipio, fijando un porcenta-

je único por cada período de generación (nuevo artículo 108.4 de la LHL).

Se trata de los máximos siguientes:

- a) Período de uno hasta cinco años: 3,7.
- b) Período de hasta diez años: 3,5.
- c) Período de hasta quince años: 3,2.
- d) Período de hasta veinte años: 3.

Este porcentaje único coincide, en cada período de generación de incremento, con el actualmente previsto para los municipios de mayor población (más de un millón de habitantes). Como, además, también se establece un tipo de gravamen único, coincidente igualmente con el mayor de los previstos (municipios de más de 100.000 habitantes), resulta obvia la posibilidad de que las cuotas de los municipios, cuanto menos habitantes tengan, más crecerán (lo que dejen de pagar empresarios, comerciantes y profesionales por IAE lo pagarán otros –siempre los asalariados o que cobran por nómina–).⁸⁴

10.3.3. Otras precisiones del nuevo artículo 108 de la LHL

Las demás variaciones son meras precisiones a la normativa vigente:

–Respecto de los casos de valor catastral consecuencia de una ponencia de valores que no refleje modificaciones del planeamiento aprobadas (anterior párrafo segundo del artículo 108.3 de la LHL), se añade [mismo párrafo de la letra a) del nuevo artículo 108.2] que cuando la fecha del devengo del impuesto no coincida con la de efectividad de los nuevos valores catastrales, éstos se corregirán aplicando los coeficientes de aplicación que correspondan, establecidos al efecto en las leyes de presupuestos generales del Estado.

–Respecto de los terrenos que no tengan fijado valor catastral (último párrafo de los mismos preceptos), se añade, además de la referencia a los bienes inmuebles de características especiales, que el valor catastral pos-

81. Se añade que: "En el actual impuesto la cuestión de la tributación de las plusvalías puede volver a suscitarse. En la medida en que por Ley de presupuestos se pueden actualizar los valores catastrales y dicha actualización se realiza en función de la inflación, al determinarse el incremento en un porcentaje por año de dicho valor catastral, parte de éste constituirá una plusvalía meramente nominal. Es más, incluso puede sostenerse que la situación es aún peor que la existente con el anterior impuesto, ya que ahora no existe la habilitación al Gobierno para que introduzca mecanismos correctores. Por tanto, parece que este aspecto merece alguna reflexión."

82. Se sigue diciendo que: "Pues bien, se plantea qué efectos deben otorgarse a la declaración del artículo 108.3 de la LRHL. En concreto, el problema se centra en determinar si se está ante una ficción o una mera presunción *iuris tantum*. Dicho con otras palabras, se trata de precisar si el sujeto pasivo puede acreditar que el valor real de los terrenos es inferior al valor catastral. Así lo entiende la STSJ de Valencia de 26 de mayo de 1997 (JT 679), cuando afirma que "la presunción que establece la ley de que el valor real es el fijado a efectos del IBI, el catastral *iuris et de iure*, o *iuris tantum* esta sala entiende que debe ser *iuris tantum* y que solicite prueba en contrario, porque el valor a efectos del IBI también lo permite, y porque si no fuera así se desnaturalizaría el impuesto, que no gravaría ya el incremento real del valor del terreno, esto es la plusvalía, sino la misma transmi-

sión, coincidiendo con el ITP, por lo que el mismo hecho imponible sería gravado dos veces."

83. Ha de advertirse, en todo caso, que de ser la de la ficción jurídica la única interpretación posible del artículo 108 de la LHL, éste habría de considerarse inconstitucional, al no posibilitar siempre que se tenga en cuenta la plusvalía real (cf. STC 221/1992, de 11 de diciembre). Pero del juego de los apartados 1 y 2 (tras la Ley 51/2002, apartado 4) del propio artículo 108 de la LHL cabe interpretar, para acomodar la norma a los preceptos constitucionales, que las reglas del apartado 2 son subsidiarias del principio del incremento (antes "real", y ahora "incremento" a secas, lo que no quiere decir que haya de ser irreal o ficticio) del apartado 1 y que, en definitiva, será de aplicación toda la doctrina jurisprudencial recaída sobre la determinación de la base imponible en el antiguo arbitrio sobre la plusvalía y en el precedente impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos.

84. Un ejemplo de municipio de menos de 5.000 habitantes (donde el ponente tiene sus bienes), que aplicara el porcentaje y tipo máximos:

–Con el sistema actual por un período de más de 20 años y suponiendo que el valor catastral sean diez millones de pesetas, pagaría: $20 \times 2,7 = 54\% \times 10.000.000 = 5.400.000$. Tipo: $26\% = 1.404.000$ pesetas.

–Con el sistema del Proyecto: $20 \times 3 = 60\% \times 10.000.000 = 6.000.000$. Tipo: $30\% = 1.800.000$ pesetas.

–Aumento = 386.000 pesetas, equivalente al 27,5% de incremento.

teriormente determinado se referirá al momento del devengo.

–Respecto de la reducción del anterior artículo 109.7 de la LHL, se aclara en el nuevo artículo 108.3 de la LHL que la reducción se aplicará respecto de cada uno de los cinco primeros años de efectividad de los nuevos valores catastrales.⁸⁵ Se ha añadido también la precisión de que el valor catastral reducido en ningún caso podrá ser inferior al valor catastral del terreno antes del procedimiento de valoración colectiva.

10.4 Cuota

La última de las novedades que destaca la Exposición de motivos de la Ley 51/2002 se refiere a la supresión de los diferentes tipos máximos de gravamen en función de la población del municipio, fijando un tipo máximo único para todos los municipios.

Ello puede conllevar, como ha quedado señalado, un importante aumento de las cuotas en los municipios de menos habitantes, al señalarse para todos el tipo máximo del 30%, antes previsto sólo para los municipios de más de 100.000 habitantes.

Por lo demás, con las adaptaciones sistemáticas correspondientes, se mantiene la regulación anterior, incluida la bonificación facultativa introducida por la Ley 50/1998 de la cuota del impuesto para las transmisiones *mortis causa* entre parientes próximos, a establecer potestativamente por los ayuntamientos, en línea con el principio recogido en la nueva redacción del artículo 9 de la LHL.⁸⁶

Por fin, la Ley 51/2002 modifica el apartado 4 del artículo 111 de la LHL, pero sólo por lo que se refiere a la remisión al artículo 108 de la LHL, como consecuencia de la modificación de este último precepto. ■

85. A la misma conclusión había llegado la STSJ de Cataluña 193/2002, de 8 de febrero de 2002.

86. Por tanto, no se ha recogido la sugerencia del informe de la Comisión, propugnando una exención o bonificación no potestativa sino preceptiva y de carácter general, formulada en los siguientes términos: "De otro lado, y pese a la previsión contenida en el artículo 109.4 de la LRHL se echa en falta la existencia de alguna exención en las transmisiones hereditarias realizadas a favor del cónyuge y los hijos. Al menos, debe pensarse en la posibilidad de introducir exenciones o bonificaciones que afecten a la transmisión hereditaria de la vivienda familiar y de los inmuebles incluidos en un negocio familiar."

La sección “Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales” 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 los que han suscrito convenios de colaboración con la Fundación a los efectos de participar en actividades que desarrolla y, de manera 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 base imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras correspondiente a un parque eólico

Vicente Calvo del Castillo
*Jefe del Servicio de Asistencia Económica
 a Municipios de la Diputación de A Coruña*

1. Sinopsis

1.1. Antecedentes

Un ayuntamiento solicita un informe sobre la cuantificación de la base imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (en adelante, ICIO) correspondiente a la instalación de un parque eólico, a cuyo efecto el dueño de la obra presenta una separata del proyecto global en la que incluye las unidades de obra que estima que proceden a efectos del cálculo del coste real y efectivo de la obra.

1.2. Consideraciones jurídicas

1. Generales.

Aspectos generales sobre la problemática que plantea el ICIO.

2. Las instalaciones como hecho imponible del ICIO.

Se realiza el análisis del concepto jurídico *instalaciones* en el ámbito del impuesto sobre construcciones. Sólo las instalaciones o los elementos de las mismas que precisan licencia urbanística incurrir en el ámbito material del hecho imponible del ICIO, lo cual exige el análisis de la normativa urbanística.

3. Cuantificación de la base imponible del ICIO cuando el hecho imponible lo constituyen las instalaciones.

Se analizan los elementos que integran el coste real y efectivo de las instalaciones, al amparo de la jurisprudencia emanada al efecto.

4. La gestión del ICIO.

La gestión del ICIO exige una liquidación provisional y otra definitiva. Documentación que debe presentar el sujeto pasivo. Necesidad del visado colegial correspondiente.

1.3. Conclusiones

Se determinan de las unidades de obra que integran la base imponible del ICIO.

1.4. Adenda

Otras consideraciones derivadas de la modificación del ICIO debidas a la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de

reforma de la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales.

2. Antecedentes

Se solicita la determinación de la base imponible del ICIO de la obra de un parque eólico. Destacamos las siguientes circunstancias:

1. El parque abarca los términos de dos municipios.

2. Presentan un proyecto técnico completo y una separata comprensiva de la obra civil, con la pretensión de que esta última sirva de base para el cálculo de la base imponible del ICIO.

3. En la separata se incluyen las unidades de obra que presuntamente corresponden al término municipal del ayuntamiento consultante. A título de ejemplo, el parque se compone de treinta y ocho aerogeneradores, de los que diecisiete se instalan en el término del municipio que solicita el informe. El importe total de la separata asciende a 232.827.371 ptas. El del proyecto completo, a 2.914.000.000 ptas. (ejecución material).

4. El proyecto completo comprende una serie de partidas que se omiten en la separata. Algunas de ellas deben considerarse obra o instalación a efectos de la determinación del hecho imponible del ICIO. Se acompañan informes y sentencias sobre la cuestión del hecho imponible y la base imponible del ICIO.

5. Cuadro comparativo de la separata y el proyecto total:

Capítulo 1. Movimiento de tierras.

En la separata figuran menos unidades de obra que en el proyecto completo, debido presumiblemente a que parte de la obra se emplaza en el término municipal de otro ayuntamiento, cuestión que habrá que comprobar. La separata contiene la partida 1.01.11 CCTT, que no figura en el proyecto completo.

Sin embargo, en la separata no se incluyen las siguientes partidas del proyecto:

1.01.06. Línea aérea.

1.01.10. Línea aérea.

1.02.01 Cimentación de línea aérea.

1.02.03 Cimentación de línea aérea.

Total capítulo 1 de la separata: 34.345.790 ptas.

Ídem del proyecto completo: 249.635.846 ptas.

Capítulo 2 de la separata. Ampliación de edificio de control.

Se corresponde con el capítulo 6 del proyecto completo, siendo los importes idénticos: 2.883.040 ptas.

Capítulo 3 de la separata. Subestación.

Se corresponde con el capítulo 5.01 del proyecto completo. Importe: 3.783.703 ptas.

No se incluyen en la separata los capítulos 5.02, 5.03, 5.04 y 5.05.

Total del capítulo 5 del proyecto completo: 64.771.648 ptas.

Capítulo 4. Aerogeneradores.

En la separata sólo figuran los fustes, a razón de 7.789.128 ptas. En el proyecto completo, en el capítulo 4, cada aerogenerador, con referencia al rotor y otros elementos, se valora en 54.042.105 ptas.

Importe total de la separata: 127.315.190 ptas. Proyecto completo: 2.205.600.000 ptas.

No se incluyen en la separata los siguientes capítulos del proyecto completo:

Capítulo 2. Centro de transformación: 106.364.000 ptas.

Capítulo 3. Conductores y PAT: 149.475.496 ptas.

Capítulo 7. Línea eléctrica: 86.670.000 ptas.

Capítulo 8. Ingeniería y dirección de obra: 48.600.000 ptas.

3. Normativa analizada

–Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, artículos 101 al 104.

–Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo de Galicia, artículos 3, 59, 77 y 168, entre otros.

–Decreto 28/1999, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y la aplicación de la Ley del suelo de Galicia, artículos 10 y siguientes.

–Real decreto legislativo 1/1992, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del suelo, artículo 242, y el Reglamento de disciplina urbanística.

–Ley del suelo de 1976, artículos, 19, 85, 86 y 178.

4. Jurisprudencia examinada

–Sentencia del Tribunal Supremo del año 1999, recurso de casación para la unificación de doctrina de 17 de mayo de 1999.

–Sentencia del Tribunal Supremo del año 1998, marginal del repertorio de jurisprudencia Aranzadi número 1339.

–Sentencias del Tribunal Supremo del año 1997, marginales del repertorio de jurisprudencia Aranzadi números 675 y 4827.

–Sentencias del Tribunal Supremo del año 1996, marginales del repertorio de jurisprudencia Aranzadi números 3149, 3550, 4338, 4972 y 9118.

–Del año 1995, marginales 431, 432, 1384, 2482 y 4717. Del año 1994, marginal 4743 y 5624.

–Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 16 de octubre de 1998.

–Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de A Coruña 176/1999 y 29/2000.

–Sentencia de 28 de diciembre de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lugo.

–Tribunal Económico Administrativo Central en Sentencia de 30 de noviembre de 1994, confirmada por la

Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 1996 (Recurso 594/1994).

5. Consideraciones

5.1. Generales

La materia de la base imponible del ICIO suscita un buen número de consultas a este servicio y también numerosos pleitos. Con base en el informe que a continuación se transcribe, realizado en su día a instancias de otro ayuntamiento, el área jurídica del Servicio de Asistencia a Municipios ha obtenido sentencias favorables en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de A Coruña. En concreto, la número 29/2000, que remite también a la número 176/1999, que considera elementos integrantes de la base imponible del ICIO, precisamente en una demanda presentada por Unión Fenosa en relación con el ICIO liquidado con ocasión de la instalación de una línea de alta tensión, “los cables crucetas, conductores o apoyos son tan integrantes de la obra o instalación como el hormigón de los postes que las sustentan”.

La Sentencia de 28 de diciembre de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lugo razona, a los efectos de la determinación de la base imponible en un parque eólico:

“Los aerogeneradores están destinados de manera permanente al servicio del fin económico de la explotación, y son los elementos de mayor importancia económica del parque eólico.

“Todos los elementos destinados de una manera permanente a los fines económicos de la explotación están sujetos a la obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística y deben ser incluidos en la base imponible del ICIO; de forma que si la importancia económica se debe a su trascendencia a los fines económicos de la explotación, tal elemento ha de ser incluido en la base imponible referida, ‘entendiendo por mayor importancia económica’ la que se deriva de su trascendencia para la explotación del parque eólico.”

Dada la práctica habitual de estas empresas de presentar separatas del proyecto a efectos de la liquidación del ICIO, el parecer de quien suscribe es contrario a la misma, pues, en primer lugar, se deberá estar a las normas de gestión del tributo, previstas en la respectiva ordenanza fiscal. En segundo lugar, el artículo 104 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, relativo a la gestión del impuesto, establece que se liquidará “en función del presupuesto presentado por los interesados, siempre que el mismos hubiera sido visado por el colegio oficial correspondiente cuando ello constituya requisito preceptivo”, no se refiere a separatas. Por último, y en todo caso, el ayuntamiento, como titular de la gestión tributaria del ICIO, ostenta la potestad de comprobación y liquidación de los elementos determinantes de la

deuda, a cuyo efecto puede reclamar cuantos datos estime conveniente para la correcta cuantificación de la misma, entre otros, el proyecto completo y detallado, el cual, en todo caso también deberá obrar en las dependencias municipales a los efectos de la concesión de la licencia de actividad y de la urbanística.

A la vista del proyecto detallado y completo, deberán identificarse las partidas que constituyen el coste real y efectivo de la obra, la construcción o la instalación, aplicando la interpretación jurisprudencial existente sobre estos elementos y su cuantificación, y debidamente asesorado por un arquitecto o un ingeniero, dado el carácter técnico de dichas partidas. A estos efectos, se ha pasado el expediente al ingeniero de la Diputación para que emita un informe.

5.2. Las instalaciones como hecho imponible del ICIO

Los escasos preceptos que la Ley de haciendas locales dedica a la regulación del ICIO (cuatro artículos) y la ausencia de un desarrollo reglamentario y la ambigüedad de la definición de la base imponible del impuesto determinan la profusa jurisprudencia al efecto, indicativa de la inseguridad interpretativa del elemento tributario citado. Inseguridad que no evita totalmente la doctrina del Supremo.

Uno de los problemas que se plantea es la determinación de los conceptos de construcción, instalación y obra, especialmente el de instalación, y su integración en el hecho imponible del ICIO, pues las obras y las construcciones ofrecen menos problemas en la medida en que no se confunden con otras actividades y vienen perfectamente descritas en otras normas administrativas, como la Ley de contratos, artículos 120 y 123.

En cambio, el concepto jurídico *instalaciones* ofrece mayor complejidad en cuanto a su definición. En principio, aplicando los criterios de interpretación del artículo 23.2 de la Ley general tributaria, los términos empleados en las normas deberán entenderse conforme a la definición de los mismos en el ordenamiento tributario y, en su defecto, según su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda.

La Ley de haciendas locales no define el término *instalaciones*; sin embargo, se refiere al mismo en diferentes preceptos: 62.b)1, 62.2, 63.b), 64.i) y 132.3, por citar los más significativos. De estas normas enumeramos las siguientes referencias al vocablo *instalaciones* si bien se aplican, estrictamente, al IBI:

a) Las instalaciones pueden ser comerciales e industriales, asimilables a los edificios, cualquiera que fueran los elementos de que estén contruidos, tales como diques, tanques y cargaderos.

b) Se citan entre las instalaciones las destinadas a la práctica del deporte, los muelles, los estacionamientos y los espacios anejos a las construcciones.

c) Se definen las instalaciones agrarias como las situadas en terrenos de zona rústica e indispensables para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales.

d) Se menciona la categoría de instalación fabril.

La definición de *instalaciones industriales* ha sido dada por el Tribunal Económico Administrativo Central en Sentencia de 30 de noviembre de 1994, y confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 1996 (Recurso 594/1994). Si bien se refería al IBI, el concepto vale igualmente para el ICIO (obsérvese que, una vez construido el parque, el ayuntamiento deberá ser informado de la modificación de la ponencia de valores a efectos de la inclusión en la misma del IBI). La sentencia mencionada interpretó, en relación con las centrales nucleares, y haciendo suya la argumentación del abogado del Estado, que “la interpretación técnica y usual del concepto de instalación industrial, asimilable a edificio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley general tributaria, lleva a configurarla como un conjunto de elementos, a modo de unidad técnica o económica, destinados a un proceso productivo.

“[...] A los efectos estudiados, y teniendo en cuenta los criterios interpretativos que recogen el artículo 23 de la Ley general tributaria citado y el artículo 3.1 del Código civil, una central nuclear es una instalación industrial, como sostiene la Administración, y no una máquina, como alega la recurrente.”

Los parques eólicos son, al igual que las centrales nucleares, instalaciones industriales compuestas por un conjunto de elementos, a modo de unidad técnica o económica, destinados los primeros al proceso de producción de energía eléctrica, y asimilables a efectos del IBI a edificios urbanos, aunque sea por la definición de carácter negativo del apartado 3.b) del artículo 62 (no son construcciones rústicas, *ergo* son urbanas) y, por lo tanto, sujetas al IBI. En consecuencia, si son inmuebles urbanos, son también construcciones o instalaciones sujetas al hecho imponible del ICIO. En este proceso hermenéutico recurrimos a las definiciones contables, con la finalidad de determinar el sentido técnico del mismo. Así, el documento 6 de los principios contables públicos, aprobados por la Comisión de Principios y Normas Contables Públicas (comisión creada por la Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 28 de diciembre de 1990), define:

a) Construcciones. Edificaciones, en general, cualquiera que sea su destino. Se incluyen en este grupo edificios administrativos, comerciales –como mercados o lonjas–, educativos, deportivos, residencias, centros sanitarios, refugios, casas forestales, viveros, cuadras y establos, tanatorios y cementerios, etcétera.

b) Instalaciones técnicas. Unidades complejas de uso especializado en el proceso productivo, que comprenden: construcciones, maquinaria, material, piezas o ele-

mentos, incluidos los sistemas informáticos que, aun siendo separables por naturaleza, están ligados de forma definitiva para su funcionamiento y sometidos al mismo ritmo de amortización; se incluirán, asimismo, los repuestos o los recambios válidos exclusivamente para este tipo de instalaciones. Se incluyen, en este grupo, centros agrarios y ganaderos experimentales, piscifactorías, granjas y parques cinegéticos, silos, instalaciones y redes hidráulicas, centros de depuración y de tratamiento de residuos.

c) Maquinaria. Conjunto de máquinas mediante las cuales se realiza la extracción, la elaboración o el tratamiento de los productos o que se utilizan para la prestación de los servicios que constituyen la actividad del ente. Esta rúbrica abarca a un amplio abanico de elementos, como por ejemplo los instrumentos de laboratorio, maquinaria agropecuaria y de obras públicas, aparatos médicos asistenciales, equipos de radar, fotocontrol y material fotográfico, etc. Se incluirán todos los elementos de transporte interno. Intentada la definición de los objetos tributarios, continuamos el análisis del hecho imponible cuando se trata de instalaciones. La jurisprudencia examinada repite literalmente el siguiente razonamiento (FJ 3 de la STS 4972/1996, de 28 de junio, y STS 4827/1997):

“Aun cuando el artículo 103.1 de la LHL parezca considerar como base imponible del ICIO, tratándose de instalaciones, el coste de éstas, el concepto ha de depurarse en atención a la definición del hecho imponible, puesto que la base imponible no puede comprender la valoración de una manifestación de capacidad contributiva no incluida en la determinación de aquél, y lo que el artículo 101 de la LHL sujeta al ICIO es la realización de instalaciones siempre que para ello se exija la correspondiente licencia de obras o urbanística, lo cual remite a los artículos 178 de la Ley del suelo (análogo a los artículos 242 del RDL 1/929 y 168 de la Ley) y 1 del Reglamento de disciplina urbanística, pero no en toda su extensión, sino únicamente en cuanto se trate de una actividad de transformación del terreno necesaria para la colocación de las instalaciones industriales. Como ya ha declarado esta Sala, en Sentencia de 3 abril (RJ 1996\3149) del presente año, el objeto del ICIO no está constituido por el valor de lo instalado sino por el coste de su instalación. Aunque la asignación de usos pormenorizados al suelo sea una de las funciones de la actividad urbanística planificadora y su control dé lugar, en su caso, a licencias urbanísticas, las autorizaciones para el funcionamiento de industrias como, en general, las de apertura y funcionamiento de empresas y locales, no determinan la sujeción al ICIO del acto sometido a control, porque ese acto no corresponde a la realización de una construcción, instalación u obra, de los descritos en el artículo 101 de la LHL. En este contexto han de analizarse las afirmaciones de la sentencia de instancia rela-

tivas a la naturaleza de las licencias exigidas para el funcionamiento de industrias, sentencia que realiza una acertada interpretación de los preceptos legales aplicables por lo que los motivos de casación expuestos han de ser desestimados.”

La aplicación de la jurisprudencia comentada al supuesto concreto del parque eólico no es pacífica. El punto de mayor fricción lo constituye precisamente la partida de mayor valor económico: los aerogeneradores.

En principio, podría entenderse que esta maquinaria o instalación sobre la obra civil no constituye base imponible del ICIO. Así, la STS de 27 de febrero de 1995 (RJ Aranzadi 1384) considera que en la base imponible de la obra de una refinería no pueden incluirse otras partidas que las correspondientes a obra civil ejecutada, excluyendo las relativas a las instalaciones a colocar sobre ellas. La STSJ de Aragón, JT 1997/675, excluye los pilares, los dinteles y los soportes que a manera de mecano están ubicados en una estación transformadora de energía eléctrica. Sin embargo, considero que la correcta interpretación de la doctrina jurisprudencial es la de excluir las instalaciones sólo si éstas no son objeto de la licencia urbanística, circunstancia determinante del hecho imponible (artículo 101). A estos efectos, deben tenerse en cuenta las dimensiones de tales ingenios, pues se compone de un rotor con diámetro de 42 metros, y están situados en torres a 45 metros del suelo.

La licencia de obras se exige para todo acto de construcción, entre los que el artículo 168 de la Ley 1/1997, del suelo de Galicia, enumera –en idénticos términos que lo hacía el artículo 242 de la Ley del suelo de 1992 y el 178 de la ley de 1976– “las obras de nueva planta y la modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes”.

Por su parte, el artículo 10 del Reglamento de disciplina urbanística de Galicia –Decreto 28/1999– enumera entre los actos sujetos a licencia:

“1. Las obras de construcción de edificios e instalaciones de todas las clases de nueva planta.

“3. Las modificaciones o la reforma que afecten a la estructura de edificios e instalaciones de todas las clases existentes.

“4. Las modificaciones del aspecto exterior de los edificios y las instalaciones de todas las clases existentes.”

En este sentido, la STS de 27 de febrero de 1994 (RJ 5624/1994) puede ser aclaratoria en las consideraciones que realiza sobre los actos sujetos a licencia. Entiende que deben estar sujetas a la actividad de intervención administrativa las obras que afecten al espacio exterior, por el efecto transformador del entorno; ejemplos numerosos hay en la legislación del suelo en que apoyar ese control. Así, en el artículo 19, en relación con el 73.b), en los que se consagra la finalidad protectora del paisaje. En los artículos 85.2 y 86 se restringe la utiliza-

ción del suelo no urbanizable a los usos y fines que se prevean en el planeamiento. Y el 86.2 prohíbe las alteraciones de los usos dentro de los espacios especialmente protegidos –preceptos del TRLS de 1976.

De forma similar se pronuncia la Ley del suelo de Galicia, cuyo artículo 3 regula los diferentes ámbitos de la competencia urbanística, entre ellos, y por lo que nos ocupa, el de la intervención, que comprende el sometimiento a previa licencia de la construcción y el uso de las fincas. Dicha intervención se concreta en el examen y la verificación de los proyectos de obras y las instalaciones a la legalidad urbanística, en la acepción más amplia del término incluyendo el Plan municipal y las ordenanzas correspondientes. Además, es de aplicación directa el artículo 59 de la ley citada, por el que se obliga a las construcciones –y a las instalaciones– a adaptarse al medio ambiente, especialmente en los lugares de paisaje abierto o natural, que es donde suelen ubicarse las instalaciones que nos ocupan. Y los artículos 77 y siguientes, por los que se regula y se protege el suelo rústico, preceptos que se citan por si es de esta naturaleza el emplazamiento previsto del parque eólico.

A mayor abundamiento, la STS de 24 de abril de 1997 –RJ Aranzadi 2469– razona que para que se produzca el hecho imponible del ICIO se requiere que la licencia se refiera precisamente a la realización de cualquier construcción, instalación y obra, locución a la que no puede concedérsele una interpretación tan amplia que comprenda cualquier transformación que se produzca en un determinado terreno, sino una modificación que se concrete en la colocación en el mismo de alguna construcción, estructura o elemento fijo o móvil de tal naturaleza que esté condicionado a la autorización municipal y que represente un valor liquidador

Por lo tanto, los aerogeneradores pueden entenderse sujetos a licencia urbanística en tanto en cuanto modifican y afectan el espacio exterior y el entorno. Esta circunstancia implica la sujeción de este elemento al hecho imponible del ICIO, y por lo tanto la integración de su coste en la base imponible. Esto se indica con las reservas expuestas al principio, motivadas por la imprecisión de la normativa vigente.

5.3. Cuantificación de la base imponible del ICIO, cuando el hecho imponible lo constituyen las instalaciones

Argumentada suficientemente la sujeción al hecho imponible del ICIO de aquellas instalaciones para cuya realización sea preceptiva la licencia de obras por comportar una actividad de transformación del terreno, resta analizar la cuantificación del citado hecho imponible. A estos efectos, el artículo 103.1 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, regula la base imponible del impuesto como la constituida por el coste real y efectivo de la construcción, la instalación o la obra. La doctrina del

Supremo, manifestada en las sentencias de 18 de julio de 1997 –RJ 4827–, de 28 de junio de 1996 –RJ 4972– y de 3 de abril de 1996 –RJ 3149–, entre otras, referidas todas ellas a instalaciones industriales, afirma que el objeto del tributo no está constituido por el valor de lo instalado, sino por el coste de su instalación, por lo que es acertado incluir en la base imponible el coste del montaje del equipo industrial y excluir las partidas correspondientes al precio de adquisición.

También es interesante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 20 de enero de 1997, FJ 4 –RJ Aranzadi 1997/675– que, si bien se refiere a una estación transformadora de energía eléctrica, realidad diferente de la que nos ocupa, considera elemento de coste integrante de la base imponible la mano de obra necesaria para la instalación de la maquinaria. En sentido semejante se pronuncia la STJ de Castilla-La Mancha de 16 de octubre de 1998, que cita las sentencias del Supremo de 4 de abril de 1996 y de 15 de marzo de 1995 para amparar la inclusión en la base imponible del coste del montaje del equipo que habría de colocarse en la planta proyectada. En este tipo de obras complejas –añaden las sentencias citadas–, cuyo presupuesto de ejecución material incluya partidas de distinta naturaleza, el ayuntamiento debe realizar la necesaria labor de depuración para excluir de la base imponible aquellas que no respondan a instalaciones para cuyo establecimiento fuera preciso contar con previa licencia de obras o urbanística, aunque sí otro tipo de licencias.

En todo caso, la base imponible de las construcciones debe incluir las partidas necesarias para el correcto funcionamiento del edificio, como son las referidas a electricidad, vidriería y fontanería, las cuales forman parte inseparable de la obra –FJ 4 de la STS de 15 de febrero de 1995, RJ Aranzadi 1019/1995.

El caso del parque eólico tiene, sin embargo, su singularidad respecto de la jurisprudencia producida hasta la fecha. Como ya se indicó, los aerogeneradores y los fustes son instalaciones fijas, que afectan al aspecto exterior medioambiental, modifican el paisaje, el vuelo y, en consecuencia, están tan sujetos a licencia como cualquier edificación o alteración del terreno. Su coste, por tanto, debe integrar la base imponible del impuesto. Otra cosa es que dichas instalaciones pudieran albergar, en su interior, determinada maquinaria, para la cual no se necesita licencia urbanística, sino de actividad. Pero lo que defendemos es la integración en la base imponible del coste de los elementos externos, visibles, como son las palas y las columnas de sujeción.

Recientemente, la STS de 17 de mayo de 1999, por la que se estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de Castilla-La Mancha 148, de 22 de marzo de 1994, sienta la misma sobre el contenido propio y preciso del concepto base imponible del ICIO. El Supremo razona que una cosa es el

citado coste real y efectivo de las construcciones, las instalaciones y las obras, y otra distinta los “gastos” que tengan que hacerse para sufragar o atender dicho coste y el “beneficio industrial”. Estos dos últimos elementos no forman parte de la base imponible, pues la ley no habla del coste total (por todos ellos), sino de coste real y efectivo. Coste que tampoco puede incluir los “honorarios técnicos de arquitectos y peritos”, tanto de realización como de dirección de proyecto. No deben confundirse los conceptos de *presupuesto de ejecución material* y de *presupuesto de ejecución por contrata*. Resulta de mayor coherencia dar a la expresión del artículo 103.1 de la Ley 39/1988, “coste real y efectivo”, el mismo significado que tiene el “presupuesto de ejecución material”, con el fin de equipararlo conceptualmente con la idea de “importe líquido de las obras ejecutadas”, con lo cual se entiende la norma conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, en armonía con el artículo 23.2 de la LGT. El “coste real y efectivo” no está constituido, en el sentir del Tribunal Supremo, por los desembolsos totales efectuados por el dueño de la obra, la instalación o la construcción, cuantía que se identifica con el concepto económico de *gasto*. Si no por el concepto económico de *coste* de dichas actividades (cuando, como fundamentamos anteriormente, hubiera sido necesaria una licencia urbanística o de obra), importe sensiblemente inferior al del gasto, pues si el *gasto* es lo que realmente se gasta o emplea en la obra o instalación, el coste es el precio neto de la misma.

Por lo tanto, puede afirmarse sin lugar a dudas que “el coste real y efectivo de la construcción, la instalación o la obra”, que constituye la base imponible del impuesto, excluye las partidas de gastos generales, beneficio industrial, IVA y honorarios técnicos por dirección de obra, pues no representan costes directos e inmediatos de la obra que supongan incremento en el valor de la construcción o la instalación que vaya a ejecutarse.

5.4. Gestión del ICIO

Llama la atención que los interesados presenten el proyecto completo a efectos de postular la licencia de obras y una separata a efectos de la liquidación del ICIO. Las sentencias analizadas indican que el ayuntamiento debe depurar las partidas que no integran el hecho imponible del ICIO.

La propia normativa del ICIO –artículo 104 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre– ordena que se liquide provisionalmente cuando se conceda la licencia en función del presupuesto presentado por los interesados y visado por el colegio correspondiente cuando ello constituya un requisito legal preceptivo. Cuando la ordenanza así lo prevea, se liquidará provisionalmente

en función de los índices o los módulos que la misma prevea al efecto.

Concluida la obra, el ayuntamiento comprobará las obras, las construcciones y las instalaciones realizadas y modificará, en su caso, la base imponible declarada, practicando la correspondiente liquidación definitiva, teniendo en cuenta el coste real y efectivo de dichas actividades.

El artículo 12.2, párrafo segundo, del Reglamento de disciplina urbanística de Galicia, suprime, para los efectos del otorgamiento de licencia, la obligatoriedad del visado urbanístico colegial. Independientemente de la postura que se adopte sobre la pervivencia de la necesidad del visado colegial –no urbanístico colegial–, lo cierto es que a los efectos fiscales la Administración ostenta la potestad de comprobación de los elementos tributarios, entre ellos, de las bases imponibles, y ello tanto la ordenanza fiscal tenga establecido el sistema de autoliquidación como el de declaración y posterior liquidación y notificación por la Administración. Por lo tanto, al obrar en las dependencias municipales tanto el proyecto completo como la separata, el ayuntamiento podrá integrar los elementos determinantes de la base imponible conforme a su criterio, y los contribuyentes podrán justificar la exclusión de determinadas partidas, argumentos que podrán ser aceptados o no por la entidad local y, en definitiva, se producirá el acto administrativo de liquidación tributaria, el cual podrá ser recurrido conforme al procedimiento general del artículo 14 de la Ley 39/1988.

6. Conclusión

1. Las partidas excluidas por el promotor del capítulo 1 referidas a la línea aérea deben incluirse en la base imponible del ICIO, por ser instalaciones de naturaleza industrial que afectan al paisaje y, en consecuencia, sujetos a licencia urbanística (artículos 101 y 103 de la Ley 39/1988; artículo 242.1 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, y artículos 59 y 168 de la Ley 1/1997, del suelo de Galicia).

2. Capítulo 2. Centro de transformación. 106.364.000 ptas. Debe incluirse la parte que corresponda al municipio consultante, por tratarse de una instalación industrial sujeta a licencia urbanística.

3. Capítulo 3. Conductores y PAT. 149.475.496 ptas. Debe incluirse igualmente la parte correspondiente al municipio consultante.

4. Capítulo 4. Aerogeneradores. Los elementos del aerogenerador que no sean estrictamente maquinaria deben considerarse como instalaciones industriales incluidas en el hecho imponible del ICIO. Además, estos elementos (fuste, palas) son visibles, afectan al paisaje y están sujetos a licencia urbanística y, en consecuencia, tributan por el ICIO.

5. Capítulo 5. Ampliación de la subestación. Debe incluir lo que se considere instalación, excluyéndose la maquinaria, a juicio del ingeniero industrial.

6. Capítulo 7. Línea eléctrica. 86.670.000 ptas. Debe incluirse la parte correspondiente al municipio de la consulta por ser una instalación industrial sujeta a licencia urbanística.

7. Capítulo 8. La dirección de obra no forma parte de la base imponible.

7. Adenda

El estudio realizado se fundamenta en la redacción de la Ley de haciendas anterior a la modificación derivada de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre. Por este motivo, expongo a continuación los siguientes comentarios, que podrían, a partir de ahora, dar un nuevo enfoque al tema expuesto o afianzar las conclusiones obtenidas a la fecha.

Primera. En relación con la definición de las instalaciones como elemento objetivo del hecho imponible del ICIO.

Las referencias que se hacían en el informe a los preceptos del IBI han de modificarse debido a la nueva regulación de este último impuesto. En efecto, el actual artículo 62.3 de la Ley de haciendas establece:

“A los efectos de este impuesto tendrán la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos como tales en las normas reguladoras del catastro inmobiliario.”

Pues bien, el artículo 2 de la reciente Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del catastro inmobiliario, define las construcciones, distinguiendo entre los edificios, las instalaciones industriales y las obras de urbanización. Define las instalaciones en los siguientes términos –apartado 6, letra b), del precepto citado:

“Las instalaciones industriales, comerciales deportivas y de recreo, agrícolas, ganaderas forestales y piscícolas de agua dulce, considerándose como tales, entre otras, los diques, los tanques cargaderos, los muelles, los pantalanos y los invernaderos, y excluyéndose en todo caso la maquinaria y el utillaje.”

El apartado 7 del artículo 2 de la Ley del catastro regula una categoría de bienes inmuebles novedosa en nuestro ordenamiento, los bienes inmuebles de características especiales, en los siguientes términos:

“Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble.

“Se consideran bienes inmuebles de características especiales los comprendidos en los siguientes grupos:

“a) Los destinados a la producción de la energía eléctrica y gas y al refino del petróleo, y las centrales nucleares.

“b) Las presas, los saltos de agua y los embalses, incluido su lecho o vaso, excepto las destinadas exclusivamente al riego.

“c) Las autopistas, las carreteras y los túneles de peaje.

“d) Los aeropuertos y los puertos comerciales.”

Bien entendido que estas categorías son de aplicación a efectos del IBI. Su utilización en relación con el ICIO debe hacerse cautelosamente, habida cuenta del principio de estanqueidad en materia tributaria, que no reconoce la aplicación de los conceptos jurídicos de un tributo a otro distinto. Con todo, es de agradecer una referencia jurídica al concepto *instalaciones* tanto en la letra b) del apartado 6 como en el apartado 7 que acabo de transcribir.

Segunda. En relación con la determinación de la base imponible del ICIO.

La Ley 51/2002 modifica el apartado 1 del artículo 103, en los siguientes términos:

a) Por un lado, define el concepto jurídico que desde siempre ha identificado la base imponible: “el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra. [...] Se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla.” Lo que nos reconduce a los preceptos de la Ley de contratos para las administraciones públicas que diferencian entre coste de ejecución material y por contrata, como alguna sentencia ya había aplicado en relación con el ICIO.

b) Por otro lado, se añaden, como párrafo segundo del apartado primero del artículo 103, los siguientes elementos que no forman parte de la base imponible:

“[...] ni tampoco los honorarios de profesionales, el beneficio empresarial del contratista ni cualquier otro concepto que no integre, estrictamente, el coste de ejecución materia.”

La modificación eleva a rango legal la jurisprudencia que generalmente se pronunciaba en este sentido de excluir de la base imponible los honorarios profesionales y el beneficio empresarial. El inciso, aunque aclarativo, parece redundante, por cuanto la definición del “coste real y efectivo” como “coste de ejecución material” ya excluye dichos honorarios y beneficio.

El juicio que nos merece esta reforma en relación con la problemática del ICIO es que, aunque aclarativa, la bondad de la misma se reduce a elevar a rango legal la interpretación mayoritaria de los tribunales en relación con la determinación de la base imponible del ICIO –sin perjuicio de las otras modificaciones introducidas referidas a la creación de nuevos supuestos de bonificación de la cuota y de la mayor permisibilidad en la fijación del tipo impositivo. ■

Posible incompatibilidad entre el cargo de concejal de urbanismo, con dedicación parcial, y el ejercicio de la actividad profesional de arquitecto dentro del mismo término municipal

Carmen Fibla Nicolau
*Letrada del Servicio
 de Asistencia Jurídica Local
 de la Diputación de Barcelona*

1. Consulta

El Ilustre Alcalde de un ayuntamiento de la provincia de Barcelona solicita la emisión de un informe jurídico sobre posibles incompatibilidades del concejal de Urbanismo del ayuntamiento que preside, ya que, además de su cargo en el consistorio, desarrolla la actividad profesional de arquitectura en un despacho propio dentro del término municipal.

2. Normativa aplicable

–Artículo 23.2 de la Constitución española.

–Artículos 6, 177 y 178 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (en adelante, LOREG).

–Ley 53/1984, de 26 de septiembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

–Artículos 75 y 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LRBRL).

–Artículos 13, 21 y 96 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de los entes locales (en adelante, ROF).

–Artículos 428, 439, 441 y 443 del Código penal.

3. Antecedentes

Según indica el Ilustre Sr. Alcalde en el escrito de petición de informe:

–El concejal lo es de Urbanismo (en el municipio las licencias de obras dependen de otro departamento) y pertenece al grupo político que gobierna el municipio.

–En cumplimiento de lo que determinan los artículos 75 de la LRBRL, y 30 y 31 del ROF, en la declaración que

presentó al inicio de la legislatura, relativa a los bienes, los intereses y las actividades que desarrolla, hizo constar que trabajaba en un despacho privado de arquitectura, del cual es titular, sin que, hasta este momento, constase ninguna objeción sobre este aspecto. En su vida profesional como arquitecto, elabora proyectos de obras de particulares (viviendas, parcelación, etcétera).

–Como concejal, realiza trabajos de estudio de planeamiento urbanístico para la ordenación futura del municipio.

–En el ayuntamiento, la concesión de las licencias de obras es competencia de la Comisión de Gobierno, de la que no forma parte el concejal de Urbanismo; el concejal asiste a las reuniones de la Comisión, por invitación expresa del alcalde.

–El concejal de Urbanismo no tiene dedicación exclusiva ni parcial: percibe una indemnización mensual igual que el resto de concejales por las horas que dedica a su cargo.

–El grupo de la oposición ha presentado una moción ante el Pleno, pidiendo su dimisión, en virtud de la presunta incompatibilidad de su cargo como concejal de Urbanismo, el cual, además, asiste a las comisiones de Gobierno y trabaja profesionalmente como arquitecto con despacho abierto en el mismo municipio. La oposición lo fundamenta en el hecho de que su cargo le puede proporcionar información, influencias o ventajas en beneficio de la labor que ejerce en el despacho profesional privado.

4. Respuesta

El estatuto de los miembros electos de las corporaciones locales lo encontramos recogido en los artículos 73 a 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. El artículo 75 ha tenido unas recientes e importantes modificaciones,¹ a las que nos referiremos a lo largo de este informe.

Por lo que respecta al régimen de incompatibilidades, el artículo 73.1 de la LRBRL señala que la determinación del número de miembros de las corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad y *incompatibilidad*;² se regularán por la legislación electoral; es decir, nos encontramos (ante el caso de las incompatibilidades) con una remisión a la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

Las incompatibilidades a que se refiere la LOREG son incompatibilidades para acceder al cargo y mientras dure el mandato representativo como concejal. Por lo

1. Nos estamos refiriendo a la Ley 11/1999, de 21 de abril, y a la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

2. La cursiva es nuestra.

que respecta a los miembros locales, el régimen de incompatibilidades nos viene dado por los artículos 177³ y 178 de la citada ley orgánica. Podemos apreciar, de la lectura conjunta de este articulado, que el concejal de Urbanismo del ayuntamiento,⁴ que también dispone de un despacho propio de arquitectura abierto al público en el mismo municipio, no incurre en ninguna de las incompatibilidades establecidas por el régimen electoral.

Ahora bien, esta afirmación merece una serie de apreciaciones a tener en cuenta, y veremos cómo las conclusiones a que nos conducirá nuestro razonamiento jurídico pueden no ser coincidentes con conclusiones meramente éticas o morales.

4.1. Naturaleza de los cargos representativos

El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, proclamado en el artículo 23 de la Constitución española, no alcanza a todo cargo público, sino que exige que estos cargos hayan sido elegidos y que ostenten la representación política en entes territoriales del Estado, entre los que se encuentran los ayuntamientos.

¿Qué quiere decir ser un cargo público? Quiere decir ser un cargo con representación política, que ha sido elegido por sufragio universal ciudadano y que ostenta el ejercicio de la representación otorgada en los órganos del Estado.

La representación es el fundamento del concepto de cargo público representativo y es el bien jurídico protegido por el derecho fundamental proclamado en el artículo 23.2 de la Constitución española. El cargo público no es concebido como “un puesto de trabajo” de su titular, sino como una “comisión” o “encargo”⁵ para realizar la voluntad de los órganos del Estado, de acuerdo con los vínculos que provienen de los electores.

Así, vemos cómo en la Administración pública concurren dos ámbitos diferenciados:

–Un ámbito que sirve con objetividad los intereses generales con sumisión plena al derecho; ámbito que precisa de funcionarios reclutados objetivamente, de acuerdo con criterios de selección previamente aprobados.

–Un ámbito que tiene como objetivo la determinación de esos intereses generales, por medio de representantes, que lo son de la voluntad popular y que permiten el ejercicio de la soberanía en concurrencia electoral. Entre sus funciones, los cargos públicos representativos tienen la elaboración de políticas públicas, y tienen que responder políticamente de los criterios que han esco-

gido y que han llevado a la práctica, ejecutándolos, los funcionarios.

4.2. Miembros electos de los entes locales: concejales con dedicación exclusiva

El artículo 75.1 de la LRBRL, en relación con los miembros de las corporaciones locales con dedicación exclusiva, determina lo siguiente: “[...] Los miembros de las corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda. [...] En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas y de los entes, los organismos o las empresas de ellos dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas [...]”

Como vemos, el legislador se ha mostrado especialmente sensibilizado por el tema de las incompatibilidades retributivas y, en especial, por lo que respecta a retribuciones a cargo de presupuestos públicos. Pero después ha añadido la frase que, a nuestro entender, constituye la clave interpretativa de este artículo: “[...] así como para el desarrollo de otras actividades [...]”; a continuación, el artículo establece la remisión en bloque a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

Es decir, si bien de una primera lectura cabría entender que las incompatibilidades lo son a escala retributiva, cuando las contraprestaciones dinerarias (por los distintos puestos de trabajo) provienen del erario, una segunda lectura más atenta nos lleva a considerar que las incompatibilidades también lo pueden ser en razón a otros elementos (de coincidencia horaria y de asuntos), ya que el artículo habla de una incompatibilidad para desarrollar otras actividades que no sea la meramente representativa. Pero esta incompatibilidad para poder trabajar en otras actividades, que parece absoluta, se modula, cuando el legislador hace, a continuación, una remisión en bloque a la Ley 53/1984: si el concejal con dedicación exclusiva decide, además, desarrollar otro trabajo público o privado, nos tenemos que remitir a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, para ver si incurre (o no) en incompatibilidad para llevarla a cabo.

3. Artículo que contiene una remisión al artículo 6 de la misma ley.

4. Con dedicación parcial según información telefónica facilitada por el secretario del ayuntamiento.

5. Todas las comillas del párrafo son nuestras.

A estos efectos, es importante recordar lo que dice la exposición de motivos de esta ley, que, en principio, es aplicable únicamente a los funcionarios y al personal laboral al servicio de las administraciones públicas: “[...] La nueva regulación de las incompatibilidades contenida en esta ley parte, como principio fundamental, de la dedicación del personal al servicio de las administraciones públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de *las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia* [...]. *Por otra parte, la regulación de esta ley exige de los servidores públicos un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración* [...]”⁶

Como vemos, esta declaración encomiable sólo se aplica al trabajador público, entendiéndose como tal al funcionario y al contratado laboral; ahora, con la última modificación del artículo 75 de la LRBRL, este régimen se ha hecho también extensible al concejal con dedicación exclusiva; no incluye, sin embargo, al concejal con dedicación parcial, como tendremos ocasión de ver en el siguiente apartado del presente informe.

Así, pues, si un concejal rebasa lo que le es propio, que le es inherente, a saber, su representación política, es cuando el legislador considera que no tiene que concederle una protección especial, porque a esta persona nadie le está impidiendo el acceso al cargo ni el posterior mantenimiento en el mismo, sino que le está modulando el hecho de que quiera compatibilizar trabajos, tanto desde el punto de vista retributivo como desde el punto de vista de coincidencia horaria y de asuntos para tratar.

Nos encontramos, pues, ante dos bloques de incompatibilidades; ahora bien, las incompatibilidades que regula la Ley 53/1984 no son una incompatibilidades que tengamos que añadir a las que contempla el artículo 178 de la LOREG,⁷ sino que operarán cuando el concejal con dedicación exclusiva y remunerada pretenda desarrollar, además, una actividad no representativa, una actividad meramente profesional, ya sea en el campo público o en el campo privado.

Las incompatibilidades a que hace referencia la Ley orgánica del régimen electoral son unas incompatibilidades que van unidas a la vertiente representativa de los cargos electos. Es decir, si una persona se presenta como concejal de un municipio, el régimen de inelegi-

bilidad y de incompatibilidad a que se encuentra sometido es el previsto en los artículos 177 y 178 de la LOREG, mientras que si este concejal, que ostenta como tal la representación popular, decide llevar a cabo una actividad profesional paralela, cuando quiere compaginar la representación (en este caso, un régimen de dedicación exclusiva) y la profesión (dentro del ámbito público o privado), el legislador lo ha querido equiparar al trabajador que forma parte de la Administración.

El legislador ha hecho esta equiparación para que el órgano administrativo decida, con adecuación a la normativa aplicable, si la compatibilidad de trabajos es posible, teniendo en cuenta el horario de ambos trabajos, y las retribuciones y la posible coincidencia de los asuntos a tratar. Sólo conociendo estos datos se podrá llegar a decidir si la compatibilidad es (o no) posible.

Evidentemente, en el caso de producirse una hipotética incompatibilidad, el concejal podría renunciar a percibir la retribución de alguno de los puestos de trabajo que desarrollase en el sector público. Cabe recordar que, de acuerdo con lo que determina el artículo 13.4 del ROF, el nombramiento de un miembro de la corporación para un cargo que comporte la dedicación exclusiva, solamente supondrá la aplicación de este régimen en el caso de contar con la aceptación de lo propuesto: no estaríamos, pues, ante un nombramiento automático, sino que la aceptación se configura como un requisito constitutivo de la condición de miembro electo con determinada dedicación.

Lo mismo se puede predicar cuando el puesto de trabajo a compatibilizar se encuentra en el sector privado, ya que, en aplicación del articulado de la Ley 53/1984, tendríamos que estudiar, caso a caso, si es posible la compatibilidad retributiva, horaria o de coincidencia de asuntos a tratar.

4.3. Miembros electos de los entes locales: concejal con dedicación parcial

Estas reflexiones, aplicables al concejal con dedicación exclusiva, no son, sin embargo, de aplicación al concejal con dedicación parcial: al margen de consideraciones éticas, lo cierto es que la norma diferencia claramente al representante con dedicación exclusiva del que la tiene parcial, y mientras que en el primer caso el legislador hace una remisión en bloque a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en el último, es decir, cuando el concejal tiene reconocida una dedicación parcial, únicamente se centra en el tema de incompatibilidades retributivas (cuando se perciben a cargo de presupuestos públicos)

6. La cursiva es nuestra.

7. Cosa que no podríamos hacer, porque nos estaríamos extralimitando (mediante una ley ordinaria) en los preceptos establecidos en una ley orgánica.

y de horarios; en cambio, el legislador no entra en el tema que, a nuestro entender, es el que más puede comprometer la imparcialidad que se tiene que predicar de las resoluciones administrativas, es decir, la confusión entre los intereses públicos y los privados, al tratar de los asuntos que tenga que conocer un concejal por razón de su cargo.

Las afirmaciones hechas en el párrafo anterior se desprenden claramente de la lectura conjunta de los artículos 75.2 de la LRRL y 5.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativa y del orden social.⁸

Por otra parte, resultaría ocioso, en algunos casos, entrar en la incompatibilidad horaria entre el trabajo dentro del ayuntamiento y el trabajo en la empresa privada, ya que ciertos concejales, al ser profesionales liberales que se fijan ellos mismos los horarios de trabajo, no encontrarían ningún obstáculo para cumplir temporalmente las funciones que les hayan sido atribuidas en razón de la representación que ostentan dentro del consistorio.

Tenemos que decir, asimismo, que hemos tenido acceso a un caso idéntico al consultado ahora, resuelto por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de enero de 1984,⁹ en el sentido de no apreciar ninguna incompatibilidad entre el desarrollo del cargo de concejal y el ejercicio libre de la profesión de arquitecto, dentro del mismo término municipal, al considerar que no se puede hacer extensible a los concejales el régimen de incompatibilidades aplicables a los arquitectos municipales. Arnaldo Arcubilla y Delgado Iribarren¹⁰ opinan que este pronunciamiento jurisprudencial, aun siendo anterior a la entrada en vigor de la LOREG, se puede interpretar, en la actualidad, en el mismo sentido.

A pesar de esta afirmación, opinamos que con la redacción actual del artículo 75 de la LRRL, si este concejal tuviera dedicación exclusiva, este pronunciamiento jurisprudencial seguramente no se hubiera producido en el mismo sentido, teniendo en cuenta la remisión que la LRRL hace a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, tal y como hemos apuntado en el párrafo dedicado a los miembros de las corporaciones locales con dedicación exclusiva.

Además, tampoco podemos obviar el hecho de que el concepto de cargo público se caracteriza por las ideas de desinterés privado y confianza pública: la responsabilidad de aspecto representativo tiene que dejar de lado los intereses particulares, por lo cual se nos hace

realmente difícil pensar que la imparcialidad o la independencia de un concejal (con dedicación parcial) no se vea comprometida cuando hay una coincidencia entre los asuntos públicos y los privados a tratar.

4.4. Miembros electos de los entes locales: concejal sin dedicación

Ya hemos visto, al analizar los dos apartados anteriores, que el legislador se ha centrado, por lo que respecta al tema de las incompatibilidades de los concejales, en que ostenten dedicación exclusiva (con una remisión en bloque a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre) o dedicación parcial (aquí, la incompatibilidad podría mostrarse, tanto desde el punto de vista retributivo como desde el punto de vista de horarios).

El legislador no dice nada de los casos en que un concejal no ostente ninguna dedicación. De hecho, este concejal no incurrirá en ninguna incompatibilidad retributiva, ya que sólo percibirá cantidades que no tienen la consideración de sueldos. Cuando no hay asignada dedicación, el concejal tiene derecho a percibir las indemnizaciones que le correspondan (previa justificación documental y si los gastos se han producido por razón de su cargo) y también cantidades dinerarias en concepto de asistencias efectivas a las reuniones de los órganos colegiados de la corporación.

Es difícil que el concejal sin dedicación incurra en incompatibilidades horarias, ya que no tiene asignado horario dentro de la corporación, a excepción de la asistencia a reuniones de órganos colegiados, o el que le marque puntualmente el alcalde por razón del volumen de los asuntos que tenga que conocer el departamento del que ostenta la dirección política.

Cuando estudiábamos el supuesto de las incompatibilidades en casos de dedicación parcial, decíamos que el legislador ha obviado entrar en el tema que más compromete la imparcialidad que se tiene que predicar de toda resolución administrativa: ha obviado entrar en la confusión que se puede producir entre los intereses públicos y los privados, al tratar de los asuntos que tenga que conocer un concejal por razón de su cargo. Siguiendo este tratamiento legislativo, con más motivo podríamos afirmar que cuando un concejal no tiene asignada la dedicación, no puede afectarle ninguna incompatibilidad.

Ahora bien, hay una serie de datos que sin duda tienen que centrar nuestra atención. En el caso que se no

8. Artículo, este último, que regula los casos en que un trabajador de la Administración local intenta compaginar este puesto de trabajo con el de cargo público electo. Esta situación permite compatibilizar las retribuciones procedentes de los dos puestos de trabajo, siempre que se desarrolle la labor de representación política fuera del horario de trabajo de la administración de la que sea funcionario o laboral. Ahora bien, ambas administraciones se ten-

drán que comunicar las jornadas y las retribuciones que perciba este trabajador.

9. Repertorio Aranzadi de jurisprudencia 1984\139.

10. ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; DELGADO IRIBARREN, Manuel. "Código electoral", en *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*. 3.ª edición. Madrid: Publicaciones Abella, 1999.

ha consultado, no encontramos ante un representante corporativo que, siendo concejal de Urbanismo:

–Dispone de un despacho de arquitecto dentro del municipio.

–En el despacho de arquitectura, del que es titular, elabora proyectos de obras que recogen las determinaciones del planeamiento urbanístico vigente en el municipio; planeamiento que ha sido elaborado por el departamento del que es responsable político.

–El departamento del que es responsable elabora y controla (bajo sus directrices) las determinaciones del planeamiento municipal que constituyen la base para que un proyecto de obras sea informado y obtenga, si procede, la correspondiente licencia de obras (que, en el municipio, es otorgada por la Comisión de Gobierno); no podemos olvidar que las licencias de obras son la última expresión de la ordenación urbanística: son la concreción de los planos urbanísticos y de los distintos instrumentos de planeamiento vigentes en un municipio.

–Es el responsable político del departamento que elevará propuestas relativas a la planificación y la ordenación del territorio municipal; propuestas que, posteriormente, serán resueltas por distintos órganos municipales, por razón de las competencias legalmente atribuidas.

Estos datos constituyen premisas que, a pesar de no estar incluidas en ninguna causa de incompatibilidad, no pueden dejar indiferente al operador jurídico; y este razonamiento aún puede llevarse más allá, al centrarnos en la información de la que dispone por razón de su cargo y que puede utilizar en su trabajo profesional. No se puede dejar al margen la interrelación existente entre el urbanismo y las licencias de obras: estas últimas sólo pueden otorgarse en el caso que el proyecto que las sustente cumpla con las determinaciones del planeamiento en vigor, y es este planeamiento el que elabora el departamento del que ostenta la representación política el concejal de Urbanismo.

Pero no queremos ser alarmistas; estas reflexiones lo son a título de reflejar hasta qué punto se muestra frágil la frontera que separa la imparcialidad y la parcialidad: conductas que, en el caso de ser traspasadas, tendrían que merecer una respuesta que, por lo que respecta a las situaciones de dedicación parcial y de no ostentar ninguna dedicación, no encuentran su ajuste legal en ninguna normativa electoral ni administrativa.

Nosotros pensamos que el peligro más grave que podría representar la actuación continuada del concejal del ayuntamiento sería su hipotético encaje en distintos

tipos definidos en el Código penal, que a continuación mencionaremos:

–El tipo definido en el artículo 428 del Código penal que se encuentra incorporado dentro del capítulo VI, dedicado al tráfico de influencias, y que determina lo siguiente: “[...] El funcionario público o autoridad que influyera en otro funcionario público o autoridad, prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le puede generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior [...]”

–El delito tipificado en el artículo 439 del Código penal es, tal y como indica Quintero Olivares,¹¹ uno de los principales exponentes de la función supletoria que el derecho penal cumple en relación con la falta de aplicación o operatividad de otras ramas del ordenamiento jurídico: así, las conductas que están subsumidas en este delito suponen, en realidad, un incumplimiento del deber de abstención de funcionarios y autoridades. Este artículo determina lo siguiente: “[...] La autoridad o el funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aprovechó de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años [...]”

–El artículo 441 tipifica la conducta siguiente: “[...] La autoridad o el funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizara, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviera destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años [...]”

En este artículo, el bien jurídico tutelado es el respeto del principio de imparcialidad en el ejercicio de funcio-

11. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo [et al.]. *Comentarios al nuevo Código penal*. Navarra: Aranzadi Editorial, 1996.

nes públicas: se trata de evitar la posible confluencia en la autoridad o el funcionamiento de intereses públicos y privados que puedan incidir en el ejercicio de sus funciones. Quintero Olivares¹² afirma, sin embargo, que con esta tipificación se elevan a la categoría de delitos meras infracciones disciplinarias.

—En último lugar, entre los delitos que suponen un abuso de las funciones del cargo, nos encontramos lo tipificado en el artículo 442 del Código penal, cuando determina: “[...] La autoridad o el funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa de tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviera el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o el cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada [...]”

Con esta enumeración de conductas delictivas, no estamos significando que la conducta genérica del concejal se encaje en ninguna, sino que puede existir el peligro de poderse subsumir en alguna de ellas, en el caso de darse los elementos típicos de los tipos penales mencionados.

A título de ejemplo, citaremos cuatro sentencias recientes (de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo). Su contenido, en aquello que interesa a este informe, es como sigue:

a) Sentencia de 18 de julio de 1997 (RJ 1997/6238). El Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia que condenaba al recurrente como autor de un delito de prevalencia de cargo público incluido en el artículo 198 del Código penal de 1973 (en la actualidad, artículo 441 del Código penal, que no exige, sin embargo, la prevalencia). La conducta condenada consistió en la llevada a cabo por un alcalde que era administrador único o socio (*sic*) con otros familiares de distintas empresas de construcción y promoción de viviendas; una de estas empresas promotoras obtuvo con celeridad inusitada cuatro licencias municipales de obras, una de ellas obtenida el mismo día de la petición: incluso el mismo día, la Comisión de Gobierno del municipio ya había otorgado la licencia.

El recurso fue desestimado en su totalidad. Recordemos que el artículo 198 del Código penal sancionaba a la autoridad o el funcionario público que, valiéndose de su cargo, ejerciera alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o que interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con ánimo de lucro. Destacaremos parte del fundamento de derecho cuarto de la sentencia:

“[...] A través de este mismo cauce casacional se interesa la aplicación retroactiva del nuevo Código penal, que se considera más favorable en cuanto se estima que no existe en el mismo un tipo correlativo o idéntico al aplicado artículo 198 del Código penal de 1973. Ahora bien, no nos encontramos en el caso actual ante un supuesto de absoluta despenalización de las conductas de los funcionarios o las autoridades que realicen legítimamente actividades privadas en el ámbito de los asuntos en que hayan de intervenir por razón de su cargo, pues dichas conductas siguen estando sancionadas a través del artículo 441 del nuevo Código penal, que si bien no exige expresamente el requisito de prevalimiento, lo cierto es que, atendiendo al fundamento material de su incriminación así como a la interpretación del tipo sujeta a su finalidad político-criminal y al bien jurídico que trata de tutelar, es indudable que recoge aquellos supuestos abusivos que exceden de la mera incompatibilidad administrativa [...]”

b) Sentencia de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997/7603). El Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia que condenaba al alcalde recurrente como autor de un delito de prevalencia de cargo público incluido en el artículo 198 del Código penal (en la actualidad, artículo 441 del Código penal, que no exige, sin embargo, la prevalencia). La conducta condenada es la llevada a cabo por un alcalde que, condecorador que la corporación había encargado la elaboración de normas subsidiarias, recomendó la suspensión cautelar de las licencias de obras; el alcalde había adquirido acciones de una entidad urbanizadora, que tenía como objeto social la promoción, la construcción y la venta de viviendas y edificios. También era titular de acciones de otra entidad, cuyo objeto social era la comercialización de fincas rústicas y urbanas, y la construcción, la venta o la explotación de edificios y pisos. Ambas sociedades solicitaron la licencia de construcción de apartamentos en un barrio de municipio: en dos días fueron otorgadas por la Comisión de Gobierno, de la que formaba parte el alcalde, quien, además, votó a favor. Cuatro días más tarde, se convocó un Pleno y, fuera del orden del día, se sometió a deliberación la necesidad de suspender cautelarmente el otorgamiento de las licencias en el barrio

12. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo [et al.]. *Op. cit.*

donde se otorgaron cuatro días antes las licencias de las sociedades cuyas acciones poseía el alcalde: la propuesta fue aprobada por unanimidad; el alcalde también votó.

El recurso fue desestimado y se utilizaron fundamentos de derecho muy similares a los de la Sentencia de 18 de julio de 1997 (RJ 1997\6283).

c) Sentencia de 4 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9225). El Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia que absolvía a un alcalde como autor de los delitos de prevaricación, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos. En este caso, el alcalde simultaneaba su cargo público con la profesión de aparejador: la sentencia es muy extensa, pero la parte que nos interesa es la que hace mención a si su conducta se puede incluir en el tantas veces mencionado artículo 198 del antiguo Código penal. El Tribunal entendió que:

“[...] El relato histórico de la sentencia recurrida no permite afirmar que el acusado se prevaliese de su cargo de alcalde para ejercer la profesión de aparejador en el pueblo del que era vecino. El acusado había ejercido antes libremente, puesto que no era aparejador municipal, dicha profesión y continuó ejerciéndola tras ser elegido alcalde –entre otras muchas razones porque ése era su medio de vida– comportándose, según se desprende de la declaración de hechos probados, de forma básico y generalmente correcta, puesto que, en la inmensa mayoría de los casos en que como profesional podía estar interesado en la concesión de una licencia de obras, se abstuvo de intervenir en las correspondientes deliberaciones y acuerdos de la corporación municipal. Es cierto que en algunos casos no se abstuvo, pero estas escasas y ocasionales infracciones del deber administrativo derivado de las normas que regulan las incompatibilidades de los funcionarios no pueden ser confundidas ni asimiladas a la conducta prevista en el artículo 198 del CP de 1973, que se configura como un delito de abuso de autoridad o función públicas –el núcleo del tipo es la prevalencia de la autoridad o función– realizado en ciertas condiciones de permanencia y continuidad y con perjuicio de los ciudadanos [...]. Acaso la mejor prueba de que la conducta del procesado no reprodujo en momento alguno el tipo de referencia, es la constatación, que encontramos en el segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida, de que la oposición política de la corporación municipal no halló nunca motivos para someter a revisión crítica el hecho de que el acusado simultanease el cargo de alcalde con la profesión de aparejador en la misma localidad [...].”

d) Sentencia de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10329). El Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia que condenaba a tres concejales de un ayuntamiento como autores del delito de negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos, incluido

en el artículo 401 del Código penal de 1973 (en la actualidad, artículo 439 del Código penal de 1995). Estos concejales contrataron para la corporación la realización de distintas obras y el suministro de materiales a dos empresas donde estaban integrados como presidente y como copropietario. Como dice la sentencia:

“[...] Ha de tenerse en cuenta finalmente que el artículo 401 del CP de 1973 no es un precepto penal en blanco que haya de integrarse por normas extrapenales, y que, por tanto, las reglas administrativas sobre prohibiciones e incompatibilidades desplegaran su operatividad en el campo jurídico administrativo, sin condicionar ni interferir la eficacia de las normas penales, según se señala en la sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1992 (RJ 1992\2258).”

Y finalmente:

“[...] Efectivamente, en el artículo 439 del CP de 1995 pueden apreciarse los elementos caracterizadores de la figura del 401 del CP de 1973, al contemplarse en ambos tipos la duplicidad de intervenciones del funcionario en un asunto, en calidad de tal, y como persona particular, movida por fines patrimoniales propios, y la prevalencia del cargo para la intromisión en el contrato u operación [...].”

Las consideraciones que se desprende de este dictamen jurídico pueden resumirse en las siguientes conclusiones.

5. Conclusiones

Primera. El estatuto de los miembros electos de las corporaciones locales se encuentra recogido en los artículos 73 a 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. Por lo que respecta al régimen de incompatibilidades, el artículo 73.1 de la citada ley nos señala que la determinación del número de miembros de las corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración del mandato y los supuestos de ineligibilidad e incompatibilidad se regularán por la legislación electoral; en definitiva, nos encontramos con una remisión a la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

Segunda. En relación con los miembros electos locales, el régimen de incompatibilidades nos viene dado, en concreto, por los artículos 177 y 178 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. Ahora bien, se tendrá que hacer una distinción entre los miembros electos locales con dedicación exclusiva y los que tienen dedicación parcial, para apreciar el alcance legal de las incompatibilidades aplicables a cada uno de estos supuestos.

Tercera. De acuerdo con el contenido del artículo 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, los miembros electos de los entes locales con dedicación exclusiva tienen derecho a percibir retribucio-

nes en contraprestación a la dedicación. La percepción de las retribuciones es incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas y de los entes, los organismos o las empresas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, en los términos que prevé la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

Cuarta. Una primera lectura del artículo 75 de la LRBRL nos da a entender que las incompatibilidades lo son únicamente a escala retributiva, en el caso en que las contraprestaciones dinerarias (obtenidas de los diversos puestos de trabajo) provengan del erario; una segunda lectura más atenta, sin embargo, nos lleva a considerar que las incompatibilidades obedecen también a otros elementos, como las coincidencias horarias y de conocimiento de asuntos.

Ahora bien, esta prohibición, que parece absoluta, la modula el legislador, cuando hace una remisión en bloque a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas; en definitiva, si un concejal con dedicación exclusiva quiere desarrollar, además, otro trabajo en el mundo público o en el mundo privado, nos tendremos que remitir al articulado de la Ley 53/1984, para ver si incurre (o no) en incompatibilidad para llevarlo a cabo y, por lo tanto, tendremos que valorar no sólo la incompatibilidad dineraria, sino la que se puede derivar de la coincidencia horaria y de tratamiento de asuntos: el legislador ha equiparado al concejal con dedicación exclusiva al trabajador de la Administración local.

Quinta. De acuerdo con el contenido del artículo 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, los miembros electos de los entes locales con dedicación parcial tienen derecho a percibir retribuciones en contraprestación a la dedicación efectiva prestada y, por lo que respecta a las incompatibilidades, hace una remisión al artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y al apartado sexto del artículo 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

En este caso, pues, la normativa aplicable únicamente se centra en el tema de incompatibilidades retributivas (cuando se perciben a cargo de presupuestos públicos por los diversos puestos de trabajo) e incompatibilidades horarias. El artículo 5.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre,¹³ regula los casos en que un trabajador de la Administración local intenta compaginar este puesto de trabajo con el de cargo público electo, mientras que el artículo 75.6 hace una remisión al Estatuto de los trabajadores y a la Ley 30/1984, para determinar cuál es el

tiempo indispensable para el desarrollo del cargo electo de una corporación local.

El legislador, sin embargo, no entra en el tema que más puede comprometer la imparcialidad que se tiene que predicar de las resoluciones administrativas, es decir, la confusión entre los intereses públicos y los privados.

Sexta. De acuerdo con el contenido del artículo 75 (puntos 3 y 4) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, los miembros electos de los entes locales que *no tengan asignada dedicación*, tienen derecho a percibir cantidades dinerarias en concepto de asistencias efectivas a las reuniones de los órganos colegiados de los que formen parte; también tienen derecho a percibir indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo.

La normativa de régimen local no ha previsto que esta situación pueda dar lugar a ninguna incompatibilidad.

Séptima. El concepto de cargo público se caracteriza por las ideas de desinterés privado y confianza pública: la responsabilidad de tipo representativo tiene que dejar de lado los intereses particulares, por lo que se nos hace realmente difícil pensar que la imparcialidad o la independencia de un concejal no se comprometa cuando hay posibilidad de coincidencia entre los asuntos públicos y privados a tratar.

Los datos que nos ha facilitado el ayuntamiento y que concurren en el concejal de Urbanismo son premisas que nos llevan a concluir la fragilidad de la frontera entre imparcialidad y parcialidad.

Octava. A pesar de que de la jurisprudencia del orden contencioso administrativo consultada (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984 –RJCA 1984\139– y del Tribunal Superior de Justicia de Canarias –RJCA 1998\3504–) se deduce la inexistencia de incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión de arquitecto en el término municipal y el desarrollo del cargo representativo como concejal en el mismo término, se tiene que advertir que el Código penal vigente (ver el artículo 441) castiga con “[...] las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años [...]. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa [...]”.

13. En la redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Supuestos similares al que hemos consultado ahora han obtenido pronunciamientos divergentes en el orden penal, de los que constituyen buena muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9225 y RJ 1998\10329, respectivamente).

Novena. Y todo esto, sin perjuicio que, en aplicación de lo que disponen los artículos 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y los artículos 21 y 96 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de los entes locales, el concejal de Urbanismo, como asistente a la Comisión de Gobierno, a pesar de no tener voto, se tendrá que abstener y ausentarse de la Sala cuando se delibere y se someta a votación del órgano un expediente de petición de licencia de obras, en el que haya –como profesional– elaborado el proyecto. ■

Posibilidad de enajenación directa, por debajo del valor de mercado, de terrenos del patrimonio municipal del suelo con destino a la promoción y la construcción de viviendas de protección oficial¹

Francisco Cacharro Gosende
Vicesecretario
de la Diputación Provincial
de Ourense

1. Antecedentes

Un ayuntamiento de la provincia de Ourense suscribió, en fecha 26 de octubre de 1999, un convenio de colaboración con Xestión Urbanística de Ourense, S. A. (en ade-

lante, Xestur) con la finalidad de promover la construcción de viviendas de protección oficial en dicho municipio. En la cláusula primera del citado convenio, el ayuntamiento se comprometió a facilitar la compra por parte de Xestur de suelo con una repercusión máxima por parcela (vivienda) de 150.000 pesetas, siendo su superficie bruta de 120 m² como mínimo (exigiéndose además la existencia de una porción de terreno para ubicar el depósito de combustible y otras instalaciones necesarias para el servicio de las viviendas, y señalándose también que podría haber a mayores terrenos para uso común –zonas verdes, de esparcimiento o deportivas– y que dichos terrenos serán de cesión gratuita por el ayuntamiento, incluyéndose su valor en el correspondiente al de las parcelas de las viviendas).

Para dar cumplimiento a esta obligación, el ayuntamiento dispone de terrenos en una finca denominada Veiga de Baixo (que, en el propio acuerdo plenario de 28 de octubre de 1999 se ponían a disposición de Xestur para la construcción de las viviendas).

Dichos terrenos, según la ordenación urbanística vigente, se clasifican como suelo urbanizable, constituyendo un único sector (SUR-4) de 51.250 m² de superficie, según la corrección de errores de la Ordenanza del suelo urbanizable, norma 3.7.7.4 del Plan general de ordenación municipal del municipio (acuerdo plenario de 5 de mayo de 2001; BOP 107, de 11 de mayo). Al respecto, debe señalarse que el acuerdo de 26 de octubre de 1999 hacía referencia a una única finca de 25.000 m²; la discrepancia se debe a que en tal fecha, y debido a un error de medición, la superficie registrada e inventariada a favor del ayuntamiento se reducía a esa cifra, si bien en la actualidad se ha procedido ya a la inscripción del exceso de cabida detectado, figurando ahora en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Ourense dos fincas de titularidad del ayuntamiento: la 11.027 (T.1506, L.97, F.24, 1.^a) con una superficie de 46.861 m² y la 11.028 (T.1506, L.97, F.27, 1.^a) con 2.486 m² (esta última, fuera del

1. En la fecha de emisión del informe, se encontraba vigente en Galicia la Ley 1/1997 de 24 de marzo, del suelo de Galicia, la cual, en la fecha de su publicación en este número 1 de *Cuadernos de Derecho Local*, ha sido derogada y sustituida por la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural en Galicia. Como es lógico, el informe analizaba el problema planteado a la vista de la Ley 1/1997.

Tras la lectura del nuevo texto legal, creo que las conclusiones del informe mantienen su vigencia, aun cuando para sostenerlas ahora se exige un esfuerzo argumentativo sensiblemente menor. En efecto, la nueva Ley 9/2002 se limita, al hablar de la enajenación de terrenos del PMS en su artículo 179.2, a prever la posibilidad de su enajenación (o su sustitución por el importe metálico, cuando se trate de los terrenos correspondientes al 105 de cesión del aprovechamiento urbanístico) “bien mediante los correspondientes instrumentos de equidistribución o bien mediante convenio”. Parece que el instrumento de equidistribución será el medio idóneo –aunque no exclusivo– para los supuestos de enajenación por sustitución de la cesión en terrenos por una cesión en metálico. Para el resto de casos, el convenio será el mecanismo de enajenación. Estos convenios deben conceptuarse entre los convenios urbanísticos de ejecución, regulados en el título VIII de la ley (de hecho, el artículo 239.2 alude a los convenios para sustituir en metálico las

cesiones de terrenos), lo que a efectos prácticos implicaría la obligación de someterlos a información pública antes de su aprobación, en los términos del artículo 240. Dado que nada se nos dice en la nueva ley sobre el régimen sustantivo de un convenio para enajenación de PMS como el que se plantea en el supuesto, habrá de acudirse, para determinar la legalidad de una enajenación directa, por debajo del valor de mercado, a una empresa pública promotora de viviendas protegidas, a la regulación supletoria contenida en el viejo Texto refundido de 1976, tal y como se plantea en el informe, aunque ahora sin el obstáculo que suponía, en la Ley 1/1997, la previsión de un mecanismo, aparentemente preferente, de enajenación mediante “oferta al mercado”.

Por lo demás, cabe destacar que la nueva ley contempla la posibilidad de constituir un patrimonio autonómico de suelo por parte de la Xunta de Galicia, en colaboración con los municipios, entre otras finalidades para atender la demanda de viviendas protegidas. De llevarse a la práctica, esta innovación podría, lógicamente, convertir en historia pasada la problemática abordada en nuestro informe, ya que la incorporación de terrenos del PMS al futuro patrimonio de suelo de la comunidad permitiría poner a disposición del organismo oficial de vivienda o de sus empresas instrumentales el suelo necesario para sus actuaciones.

sector); existiendo además una carretera local que separa ambas fincas, con una superficie de 1.640 m², lo que en total arroja una superficie de 51.347 m² (levemente superior a la contemplada en el PGOM para el sector, que, una vez corregida, es como se dijo de 51.250 m²).

En todo caso, el Pleno del ayuntamiento procedió a su vez a rectificar el acuerdo de 26 de octubre de 1999 (de ratificación del convenio con Xestur) señalando, en un acuerdo de 5 de mayo de 2001, que la superficie a la que se hacía referencia en el acuerdo de ratificación del convenio eran los 46.861 m² (que se corresponden con la finca registral 11.027, finca 25-A del inventario municipal).

A la vista de estos antecedentes, puede decirse que, en el estado actual de tramitación del expediente, se plantean dos problemas distintos, que constituyen el objeto de la consulta:

a) De una parte, la posibilidad legal de que por parte del ayuntamiento se proceda a la enajenación directa, por precio inferior al de mercado, de terrenos del patrimonio municipal de suelo a la empresa pública Xestur, S. A., con destino a la construcción de viviendas protegidas; indirectamente, de esta cuestión derivan dos: la incidencia que sobre la misma pueda tener el carácter de sociedad mercantil pública de Xestur, S. A.; y qué calificación ha de darse al contrato mediante el que se instrumente tal enajenación, así como cuál será el procedimiento a seguir.

b) De otra parte, la subsistencia de aparentes contradicciones entre las superficies registrales y las contempladas en la planimetría del PGOM (que, como se dijo, considera un SUR-4 de 51.250 m²; sin embargo, la finca 25-A, que, de acuerdo con los planos de ordenación, integra dicho sector –que la ordenanza considera formado, exclusivamente, por terrenos de propiedad municipal– sólo posee 46.861 m²; incluso sumando la superficie del tramo de la carretera local correspondiente, 1.640 m²–en la fotocopia del plano de ordenación que obra en el expediente no se aprecia correctamente si se incluye la carretera local en el sector–, no se alcanzaría la superficie considerada como total del sector SUR-4). Lo que abre la posibilidad, bien de la subsistencia de un error de medición, bien de que exista alguna propiedad particular en el SUR-4, lo que debe aclararse.

A continuación, se abordarán separadamente ambas cuestiones.

2. Consideraciones jurídicas

2.1. Posibilidad de enajenación directa a Xestur, S. A., por importe inferior al de mercado, de terrenos del PMS con destino a la promoción de viviendas de protección oficial

Los terrenos que se proyecta vender forman parte del patrimonio municipal de suelo del ayuntamiento que

constituye un patrimonio separado respecto del resto de bienes municipales, y cuyas finalidades –de acuerdo con los artículos 155 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo de Galicia, y 276 del Texto refundido de la Ley de régimen de suelo y ordenación urbana, de 26 de junio de 1992, cuya vigencia subsiste tras la Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional y la disposición derogatoria de la Ley 6/1998, de 13 de abril– son las de “obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública, facilitar la ejecución del plan y contribuir a la regulación del mercado de terrenos destinados al desarrollo urbanístico”, debiendo ser destinados dichos terrenos a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento (artículo 157.1 de la LSG y 280 del TRLS de 1992).

La enajenación de terrenos integrantes del PMS mediante compraventa constituirá un negocio jurídico contractual, un auténtico contrato, cuya calificación resulta, a mi juicio, problemática. En efecto, y aun cuando, en principio, cabría considerarlo un contrato privado de la Administración (en tanto que negocio jurídico sobre bienes inmuebles, tal y como señala el artículo 5.3 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas –TRLCAP–) existen también argumentos para reconducir tal calificación a la de un contrato administrativo especial de los contemplados en el artículo 5.2.b) del TRLCAP, en la medida en que se considere que con la venta de terrenos para la promoción de viviendas sociales se está satisfaciendo “de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia” del ayuntamiento (en concreto, la finalidad y el destino de construcción de viviendas sociales contemplada en la legislación urbanística que se citó). A esta cuestión nos referiremos más adelante, y es que, cualquiera que sea la solución que se adopte –contrato privado de la Administración o contrato administrativo especial– la preparación y la adjudicación de dicho contrato se regirá por sus normas administrativas específicas, con carácter preferente a las del propio TRLCAP (según establecen los artículos 7.1, inciso último, para los contratos administrativos especiales, y 9 para los contratos privados, ambos de la Ley de contratos; aunque el artículo 9 remite a la legislación patrimonial, esta legislación patrimonial remite a su vez, en cuanto al PMS, a su regulación específica (de la que, a su vez, la legislación patrimonial será supletoria), ex artículo 16.1 del RBEL). Esas normas administrativas específicas, en uno u otro caso, son las contenidas en la legislación urbanística. Por consiguiente, y para responder a la cuestión planteada –si es posible la enajenación directa de los terrenos a un precio inferior al del mercado a favor de Xestur, S. A.– debe analizarse dicha legislación administrativa específica, integrada por la Ley del suelo de Galicia (artículos 155 a 157), rigiendo, con carácter

supletorio, las normas sobre PMS contenidas en el Texto refundido de la Ley de régimen de suelo y ordenación urbana, de 9 de abril de 1976, así como otras normas urbanísticas estatales que pudieran conservar su vigencia y resultar aplicables al caso.

Pues bien, la Ley del suelo de Galicia distingue, en su artículo 157, cuatro supuestos distintos, a saber:

a) En primer lugar, el supuesto que “exista demanda de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”. En este caso, el ayuntamiento deberá “ofrecer al mercado los terrenos integrados en el patrimonio municipal del suelo aptos para esa finalidad, mediante su enajenación o permuta, para que sean destinados a la construcción de este tipo de viviendas”. La ley añade que “subsidiariamente” (lo que parece referirse al supuesto de que esa oferta al mercado no llegue a fructificar en una enajenación o permuta con la finalidad indicada) el ayuntamiento podrá realizar esta iniciativa (venta o permuta de los terrenos para la construcción de viviendas protegidas) “directamente o mediante convenio con el Instituto Galego da Vivenda e o Solo o con otras entidades públicas”.

b) Un segundo supuesto es aquel en que, al contrario que en el caso anterior, no existe demanda de viviendas protegidas. En este caso, según la ley, el ayuntamiento “podrá enajenar los terrenos incluidos en el patrimonio municipal del suelo, debiendo destinar necesariamente los recursos obtenidos a finalidades de naturaleza urbanística”.

c) Al margen de las dos opciones anteriores, y sin delimitar ningún supuesto de hecho previo habilitante, el artículo 157.4 de la LSG permite a los ayuntamientos ceder gratuitamente los bienes incluidos en el PMS “en los supuestos previstos en la legislación vigente y cumpliendo los requisitos establecidos en la misma”, remitiendo, por tanto, a la vigente legislación patrimonial de las entidades locales (básicamente, al artículo 276.2 de la Ley de Administración local de Galicia y los artículos 109 y siguientes del Reglamento de bienes de las entidades locales).

d) Por último, la LSG regula un supuesto residual, para el caso de que el uso de los terrenos o las características del polígono o la unidad reparcelable no resulten adecuados a los fines del PMS. En este caso, el ayuntamiento, si existe conformidad de todos los propietarios afectados, “podrá transmitir el aprovechamiento urbanístico que les corresponda en el mismo por el precio resultante de su valor urbanístico” (en realidad, este supuesto parece que corresponde a las llamadas *cesiones en metálico* tanto del 10% del aprovechamiento tipo como, en su caso, del exceso de aprovechamiento real; la cesión en metálico encubriría, así, una venta del suelo correspondiente a dichos aprovechamientos, la cual podría realizarse como resultado del proyecto de equidistribución, o posteriormente, cuando dicho proyecto

contemplase la cesión de suelo y, efectuada esta en virtud de su aprobación definitiva, con posterioridad se apreciase el supuesto de hecho del artículo 157.5 de la LSG y se procediese a la enajenación del terreno cedido en el modo indicado). En todo caso, el específico carácter de este supuesto lo vuelve irrelevante para el problema que aquí nos ocupa.

De una lectura detenida del artículo 157 de la LSG, se desprende que los supuestos a) y b) que se acaban de citar se configuran en la ley como alternativas en función de la existencia, en el municipio, de demanda de viviendas protegidas: si existe tal demanda, procederá actuar conforme al supuesto a), y, si no existe, podrá actuarse conforme al supuesto b). Debe señalarse que el supuesto b) se configura como una mera posibilidad (“podrá”) que no excluye otro tipo de actuaciones (por ejemplo, no hacer nada, reteniendo el suelo en el PMS, a la espera de que surja esa demanda en el futuro), en contraste con el supuesto a), configurado aparentemente como una obligación municipal (“deberá”). A su vez, el supuesto a) establece dos modos de llevar a cabo la enajenación de terrenos para la construcción de viviendas, jerarquizándolos entre sí: como regla general, esos terrenos deberán “ofrecerse al mercado”, sin más precisiones (pero parece claro que debe existir una oferta pública, y que el procedimiento será el de subasta, conforme al artículo 277.1 de la LALG; también parece que el precio –tipo de licitación de la subasta– debe ser el de mercado, pues es al mercado al que se ofrecen los terrenos); subsidiariamente –es decir, para el caso de que la oferta al mercado resultase infructuosa o inviable– la ley autoriza, indistintamente, la enajenación directa (ya sea a entidades públicas o a particulares) o mediante convenio con el IGVS u otras entidades públicas. Resulta llamativo que la LSG, aparentemente, establece aquí un principio de subsidiariedad de la actuación pública en la promoción de viviendas protegidas (obligando a los entes públicos dedicados a dicha actividad a competir en una subasta para la obtención de los terrenos con los promotores privados, o bien esperar a que la subasta quede desierta para poder actuar residualmente), lo que no parece muy congruente con la finalidad de “obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública” que el artículo 155.1 de la LSG asigna al PMS.

Al margen de la alternativa configurada por el par de supuestos a) y b), y sin sujeción a ningún supuesto de hecho previo, aparece también un supuesto c) –la cesión gratuita– que la LSG se abstiene de regular, remitiéndose a la legislación patrimonial, conforme a la cual la cesión podrá hacerse para fines que redunden en beneficio de los habitantes del municipio, a favor tanto de entes públicos como de instituciones privadas sin ánimo de lucro. Los fines pueden ser aquí cualesquiera, dentro de la genérica definición finalista del artículo 109.2 del RBEL, y es obvio que entre dichos fines benefi-

ciosos para la población municipal se encontraría la promoción de viviendas protegidas, expresamente aludida como tal en el artículo 110 del RBEL.

La norma que se analiza es, evidentemente, farragosa, y no abarca (tal vez por su casuismo, por su propio afán regulador) todos los supuestos que pueden darse. No se nos dice, por ejemplo, qué debe hacerse si, en el supuesto *d)* no existe conformidad de todos los propietarios. No se contempla el supuesto de que el propio ayuntamiento decida constituirse en promotor de viviendas protegidas (y, de tomar al pie de la letra lo establecido en el que hemos llamado supuesto *a)*, podría incluso concluirse la exclusión legal de esta posibilidad). Tampoco se aclara, en el supuesto *a)*, en qué consiste ese acto de oferta al mercado de terrenos (aunque, como vimos, parece claro que debe verificarse mediante subasta pública partiendo de precios de mercado, salvo que se trate de permuta). Ya vimos cómo, junto a esta enajenación al mercado, se contempla la cesión gratuita, como alternativa no condicionada a otro supuesto previo que no sea el cumplimiento de las condiciones que establece la legislación patrimonial. Pero igualmente se observa que la ley ignora por completo la posibilidad de un supuesto intermedio entre la cesión gratuita y la enajenación a precio de mercado, como es el planteado en el convenio suscrito por Xestur y el ayuntamiento: la venta por un precio inferior al de mercado a una entidad pública, con destino a la promoción de viviendas. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el contenido de los convenios con el IGVS u otras entidades públicas (entre las que cabe situar a Xestur, en tanto que sociedad instrumental del IGVS) no tiene por qué limitarse a reflejar un contrato de compraventa, sino que puede, además, contener toda una serie de cláusulas complementarias, habituales en la práctica administrativa (por ejemplo, sobre establecimiento de dotaciones públicas, previsiones de actuaciones futuras en función de la demanda de viviendas, realización de actuaciones complementarias de urbanización, coparticipación del ayuntamiento en la promoción o en la realización de actuaciones urbanísticas conjuntas...) justificadas para la solución de problemas específicos del municipio de que se trate y que pueden –y suelen– obtener un cauce más efectivo a través de la vía del convenio de colaboración con otras entidades públicas que mediante su inclusión en los contratos que se adjudiquen a promotores privados (en los que, en muchos casos, sería absolutamente inviable introducir este tipo de cláusulas).

Con carácter general, puede decirse que son dos las opciones que tiene la Administración para actuar cuando desarrolla actividades de tipo prestacional, consistentes en la producción de bienes o servicios: o bien actúa por sí misma o bien busca la colaboración del mercado. Esas mismas dos opciones se abren –al menos,

en teoría– al ayuntamiento para conseguir que los terrenos del PMS alcancen el destino que la ley –y el planeamiento, a través de la clasificación y la calificación de los predios, que puede, como en el caso del SUR-4 del municipio, contemplar un uso específico de “vivienda protegida”– les asigna: uno, mediante la colaboración del mercado, entregando dichos terrenos a los agentes económicos que operan en él; otro, mediante la iniciativa pública, bien del propio ayuntamiento (al amparo del artículo 128.2 de la Constitución, teniendo en cuenta que los bienes del PMS constituyen un patrimonio de la entidad local) bien a través de otra entidad pública. Pero, insisto, la LSG no regula esta segunda forma de actuación, con la excepción de la cesión gratuita del artículo 157.4. Es decir: la LSG ignora prácticamente los mecanismos de iniciativa pública en la promoción de viviendas protegidas, con la excepción citada. Ante esta falta de regulación, cabe preguntarse por el significado de dicho silencio normativo, esto es, si encubre una prohibición de dichas actuaciones públicas, limitándolas a los supuestos de cesión gratuita, o si, por el contrario, nos hallamos ante una simple laguna normativa, susceptible de ser integrada mediante la aplicación de normas supletorias.

A mi juicio, la solución correcta es, claramente, esta última, y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque la exclusión de esas posibles fórmulas de iniciativa pública en la promoción de viviendas contradiría precisamente una de las razones de ser del PMS, recogida en la propia LSG (artículo 155.1) y en el artículo 276.1 del TRLS de 1992 (como norma básica que el legislador autonómico no puede desvirtuar): me estoy refiriendo a la “obtención de reservas de terreno para actuaciones de iniciativa pública”. Actuaciones entre las que, lógicamente, se incluye la promoción de viviendas protegidas. Pues bien: si de la lectura del artículo 157 de la LSG resultase que, salvo en los supuestos de cesión gratuita de terrenos del PMS, no fuese posible la venta directa a otros entes públicos, sino que estos entes públicos se viesen obligados a competir con los promotores privados en la licitación o a esperar el fracaso de esta para poder adquirir los terrenos del ayuntamiento, es claro que el artículo 157 incurriría en contradicción con el 155.1 de la propia LSG y con el 276 del TRLS de 1992, pues, evidentemente, el recorte de posibilidades de actuación para las administraciones sería tan extraordinario que convertiría en excepcional la finalidad de obtener terrenos para actuaciones de iniciativa pública. Semejante antinomia debe ser desechada, en la medida en que tampoco la LSG contiene una prohibición expresa al respecto, siendo la interpretación más razonable, desde un punto de vista sistemático, la que aquí se defiende, en el sentido de que se trata de un simple olvido del legislador gallego.

b) En segundo lugar, y argumentando *a fortiori*, carece de sentido que la LSG prohíba la enajenación directa a entes públicos por debajo del precio de mercado, cuando permite la cesión gratuita: es evidente que quien puede lo más puede lo menos, y que si se permite la sustracción al mercado de bienes del PMS para su donación, también podría permitirse su enajenación a bajo precio.

c) En tercer lugar, esa enajenación directa a otros entes públicos a precio inferior al de mercado encubre, en realidad, una fórmula de colaboración que, desde el punto de vista material y económico equivale a una auténtica cofinanciación, por parte del ayuntamiento, de la actuación, con lo que se erige, de hecho, en copromotor de las viviendas protegidas (algo que, en el supuesto que nos ocupa, resulta todavía más claro, ya que en el convenio suscrito entre Xestur y el ayuntamiento el ente local asume los costes de urbanización de la actuación y la cesión gratuita de los terrenos destinados a zona verde). Ello significa que la exclusión de esta fórmula llevaría a negar la posibilidad de que el ayuntamiento llevase a cabo, por sí, o en colaboración con otra entidad, una actuación de iniciativa pública, interpretación que, como se dijo, pugnaría con las propias finalidades del PMS recogidas en la legislación autonómica y en la básica estatal, además de suponer, muy probablemente, una vulneración de los principios constitucionales de autonomía local y de libre iniciativa pública económica (al no permitir esa iniciativa con el propio patrimonio municipal) ya que esa hipotética exclusión condicionaría hasta extremos injustificables las posibilidades de implementar políticas municipales autónomas de impulso de la construcción de viviendas protegidas.

d) Un último argumento, abundando más en la contradicción con otras normas de la propia LSG y el TRLS de 1992, y en la necesidad de una interpretación flexible que salvaguarde la sistemática y el propio espíritu del legislador, se extrae si se tiene en cuenta que el obligar a sacar a subasta pública, como medio preferente, los terrenos del PMS, acabaría por convertir al ayuntamiento en un especulador más del mercado inmobiliario, introduciendo un factor de tensión especulativa a través de las subastas (al resultar adjudicatarios, lógicamente, los mejores postores) ya que el resultado de las mismas, a no dudarlo, constituirá un valor de referencia del precio del suelo en el municipio, con lo que la utilización del PMS podría producir justamente el efecto contrario al querido por la ley, que señala, como otro de sus objetivos, la “regulación de los mercados de suelo” y el facilitar la ejecución del planeamiento.

En suma, parece claro, por lo que se acaba de exponer, que el artículo 157 de la LSG no regula (pero tampoco los prohíbe expresamente) una serie de supuestos en los que pueden proceder fórmulas de actuación

sobre el PMS para la construcción de viviendas protegidas distintas a las contempladas en dicho artículo como preferentes (la oferta al mercado o la cesión gratuita), y caracterizadas todas ellas por tratarse de actuaciones de iniciativa pública, que precisamente constituyen una de las razones de ser del PMS. Es el caso de la promoción por el propio ayuntamiento o por otras entidades públicas (a través, en su caso, de sociedades instrumentales), una de cuyas modalidades es la de la enajenación a precio inferior al mercado a otros entes públicos, precisamente para facilitar la consecución del destino principal del PMS, es decir, la construcción de viviendas protegidas, en unión, además, de otras fórmulas intermedias que puedan establecerse mediante convenio entre las administraciones implicadas. Para estos casos, lo que existe es una laguna normativa en la LSG, laguna normativa que será preciso integrar acudiendo a la normativa estatal, de carácter supletorio, integrada por el Texto refundido de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana, de 9 de abril de 1976.

Pues bien: la regulación del TRLS de 1976 –al que, dado su carácter supletorio, entiendo que sólo es posible acudir en supuestos como el que nos ocupa, en que se acredita la existencia de una auténtica laguna normativa– es, en este sentido, más flexible y clara al respecto de los modos de enajenación de terrenos del PMS. Así, y partiendo de una regla general (artículo 168) similar a la de la LSG, aunque más precisa que la genérica “oferta al mercado” (enajenación mediante subasta pública, cuyo tipo de licitación será el valor urbanístico, concepto que hoy se debería reconducir al resultante de las normas del título III de la Ley 6/1998), admite también, en una serie de supuestos (que responden típicamente a iniciativas públicas sin propósito especulativo) recogidos en el artículo 169, la enajenación directa a otros entes públicos. Ni que decir tiene, entre dichos supuestos se encuentra el de construcción de viviendas por organismos oficiales [artículo 169.1.c)]. Además, y en el artículo 166.1, se permite que la cesión sea por debajo del “valor urbanístico” del suelo en los casos en que su destino sea la construcción de viviendas sociales (como es el caso que nos ocupa aquí). Ciertamente, el artículo 166.1 preveía para estos casos un mecanismo de tutela del ente local (mediante autorización previa del entonces Ministerio de la Gobernación), mecanismo que hoy puede considerarse inaplicable, al no contemplarse entre los previstos en materia de tutela patrimonial por la vigente legislación de régimen local posterior a la Constitución (que, al recoger el principio de autonomía, obliga a una interpretación restrictiva de dichos mecanismos), pudiendo considerarlo derogado por ser incompatible con dicha legislación local (que no impone tal limitación en materia de gestión de bienes locales).

A modo de conclusión, en este apartado, podemos establecer:

a) Que la cesión gratuita de terrenos del PMS es perfectamente posible, en los términos del artículo 157.4 de la LSG y de la legislación patrimonial local a la que ésta remite; no difiriendo del régimen de cesión gratuita del resto de los bienes patrimoniales de la Administración municipal.

b) Que la enajenación directa a otras administraciones o entidades de ellas dependientes es igualmente posible, entendiendo que se trata de simples técnicas para la implementación de actuaciones de iniciativa pública sobre el PMS que la Ley del suelo de Galicia no contempla, pero que tampoco prohíbe (y no podría prohibir so pena de contradecirse a sí misma y a la legislación básica estatal que atribuyen al PMS, como finalidad primordial, la obtención de reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública). Debiendo entender que existe por tanto una laguna normativa en la LSG que debe integrarse acudiendo a la legislación estatal supletoria (TRLR de 1976), siendo, por tanto, las posibilidades de enajenar terrenos del PMS con los fines indicados las contempladas en dicho texto refundido estatal, que, específicamente, contempla el supuesto de enajenación directa por debajo del valor de mercado cuando el fin último de la operación sea la construcción de viviendas protegidas.

2.2. Incidencia sobre las conclusiones precedentes del carácter de sociedad mercantil pública de Xestur, S. A.

Las normas en que nos apoyamos para sostener la legalidad de la enajenación directa de terrenos del PMS se refieren siempre a supuestos en que el adquirente del suelo es un "organismo oficial". Esta es la expresión que emplea el artículo 169.1.c) del TRLR de 1976. La cuestión que se plantea aquí es si en el caso que nos ocupa el carácter de sociedad mercantil de capital íntegramente público que reviste la entidad Xestur, S. A. constituye un impedimento a la aplicación de dicha norma.

La respuesta ha de ser, a mi juicio, negativa. En efecto, el carácter de sociedad mercantil de Xestur, S. A. constituye una mera técnica organizativa de derecho privado al servicio de intereses públicos de las administraciones de que depende (el Instituto Galego da Vivenda e o Solo y el Instituto Ourensán de Desenvolvemento Económico). Dicho en otros términos, Xestur, S. A. es un instrumento, una herramienta (aunque con forma jurídico-privada) de dichas administraciones para el logro de sus fines (en este caso, la promoción de viviendas protegidas como elemento de una política social de vivienda). Este carácter instrumental es el que ha llevado a la jurisprudencia a sostener que, aunque externamente se trate de sociedades mercantiles, en realidad, internamente, deben ser considerados como parte de la Administración. O, en otros términos, su forma mercantil no desvirtúa su naturaleza intrínseca de entidades

públicas, ya que, como señala la STS de 28 de septiembre de 1978, "la unidad de la Administración se comunica en cierta medida al conjunto de empresas públicas desde el momento en que es aquella quien fiscaliza y decide por y sobre tales empresas".

Partiendo de estas premisas, y en la medida en que Xestur es el instrumento a través del que actúa el "organismo oficial de la vivienda" propiamente dicho (el IGVS, en unión del INORDE) resulta claro que la capacidad de este para adquirir terrenos del PMS por debajo del precio de mercado debe transmitirse a dicha sociedad instrumental, en la medida en que dicha facultad no constituye "ejercicio de autoridad", límite general a la capacidad de actuación de este tipo de empresas de acuerdo con la disposición adicional 12 de la Ley 6/1997, de 14 de abril (relativa a las sociedades mercantiles estatales, pero aplicable supletoriamente al caso que aquí nos ocupa). A la misma conclusión llega el dictamen del profesor Jiménez de Cisneros Cid, que obra en el expediente, con una completa cita de jurisprudencia sobre esta materia, y al que me remito en este punto.

2.3. Calificación del contrato de venta de los terrenos del PMS. Procedimiento a seguir

Sentadas las conclusiones precedentes, procede abordar ya la cuestión del procedimiento a seguir para llevar a cabo la venta de los terrenos a Xestur, cuestión para la que resulta relevante la calificación del contrato.

Como ya se adelantó, resulta difícil, con carácter general, establecer una regla de calificación de los contratos cuyo objeto es la enajenación de inmuebles del PMS para la construcción de viviendas protegidas. Por una parte, se trata de negocios jurídicos inmobiliarios, reconducibles, por tanto, a la categoría de contratos privados de la Administración (artículo 5.3 del TRLCAP). Pero también, en la medida en que satisfagan de forma directa e inmediata fines de la específica competencia de la Administración podrían ser considerados contratos administrativos especiales [artículo 5.2.b) del TRLCAP]. Así lo declaró la STS de 21 de diciembre de 1993, en el caso de la venta de un suelo destinado a la promoción industrial.

En mi opinión, la opción por una u otra calificación dependerá del contenido concreto de cada contrato. Así, y en el supuesto en que, además de acordarse la compraventa del terreno, se establezcan obligaciones en cuanto a la construcción de las viviendas protegidas (plazos, modo de ejecución, cláusulas penales en caso de incumplimiento...) el contrato debería calificarse de contrato administrativo especial, en la medida en que, en virtud de dicho clausulado, el contrato trascienda la mera compraventa inmobiliaria y se convierta en fuente del entramado de obligaciones que permitan la transformación del suelo en el sentido indicado, pues en ese

caso puede afirmarse plenamente que el contrato tiene por objeto satisfacer de forma “directa e inmediata” (esto es, por sí solo) los fines de competencia de la Administración. En cambio, en el caso de que el objeto contractual se reduzca a la mera compraventa, sería un contrato privado. En el caso que nos ocupa en el presente informe, la fuente de las obligaciones que articulan la colaboración interadministrativa para la consecución de ese fin público (la promoción de las viviendas) está constituida en realidad por el convenio de colaboración de 26 de octubre de 1999. Es en el convenio donde se articula esa relación obligacional entre Xestur y el Ayuntamiento de Pereiro de Aguiar (sin perjuicio de que dicho convenio de colaboración se encuentre excluido de la legislación de contratos –artículo 3.1.c) del TRLCAP– su naturaleza jurídica contractual no es discutible). Por consiguiente, sería perfectamente admisible que, como instrumento de ejecución de dicho convenio se celebrase un simple contrato de compraventa inmobiliaria que, como tal, sería un genuino contrato privado de la Administración, en la medida en que, por sí solo, no implicaría la satisfacción inmediata de la finalidad administrativa de promoción de viviendas, sino una simple operación instrumental, cuyo objeto de reduciría a la enajenación inmobiliaria.

Cabría, no obstante, y siguiendo la misma argumentación, el supuesto de que al contrato de compraventa se le añadiesen, modificando su objeto, una serie de cláusulas relativas a la construcción de las viviendas (es decir, a la satisfacción de la finalidad administrativa del convenio, al que complementarían, y no se limitarían a ejecutar) en cuyo caso, y en base a la presunción sobre el carácter administrativo de los contratos en caso de duda establecida por la jurisprudencia, el contrato debería ser calificado como contrato administrativo especial. Ocurre que, en este supuesto, y como ya se ha dicho, lo que este acuerdo entre las partes vendría a hacer sería complementar el convenio, o lo que es lo mismo: vendría a modificar o ampliar aquel, constituyendo, por tanto, un nuevo convenio administrativo entre el ayuntamiento y Xestur, excluido del ámbito del TRLCAP, lo que simplifica notablemente su tramitación administrativa, al exonerar a Xestur de la necesidad de justificar documentalmente la concurrencia de los requisitos comunes de cualquier contratista, así como de la prestación de las garantías de la contratación administrativa (innecesarias entre entes públicos).

La disyuntiva contrato privado/contrato administrativo se resuelve así, pues, en otra: contrato privado (que ejecuta un convenio administrativo previo)/convenio administrativo (que completa o modifica el convenio previo).

De otra parte, el convenio contempla, además de la intermediación del ayuntamiento para obtener los terrenos (que se instrumentaría, en este caso, mediante su compraventa), la cesión gratuita de los terrenos destinados a zonas verdes. Cesión gratuita (en realidad, un

contrato de donación) que en principio posee su trámite específico en el artículo 110 del RBEL, trámite que es distinto al de la cesión onerosa. Sin embargo, de la lectura del texto de la cláusula primera del convenio, la cesión gratuita de estos espacios para uso común de las viviendas se revela, en realidad, como una parte del contrato de compraventa de las parcelas edificables, hallándose su valor incluido en “el correspondiente al de las parcelas de las viviendas”. En última instancia, lo que sucede aquí es que el precio de los terrenos se ve reducido en la medida en que no se aplica ningún valor de repercusión por la superficie de los mismos destinada a zonas verdes. Dicho en otros términos: la cláusula primera del convenio contempla en realidad no una cesión gratuita propiamente dicha, sino una fórmula para el cálculo del valor de los terrenos objeto de compraventa, fórmula que prevé la no-repercusión de estos últimos en el precio final de la transmisión, que tiene carácter único. Más aún, si se tiene en cuenta que los terrenos constituyen un sector de suelo urbanizable, que deberá ser desarrollado a través de un plan parcial, al que será de aplicación lo dispuesto en el vigente reglamento de planeamiento en cuanto a cesiones de zonas verdes y espacios de uso deportivo y para equipamiento comunitario, resulta que, a la postre, y en virtud de la normativa urbanística vigente, Xestur, en tanto que promotor –una vez que sea propietario de la superficie del sector– deberá efectuar, en los términos del reglamento de planeamiento concretados en el Plan parcial, las cesiones de dichas superficies a favor del ayuntamiento (sin perjuicio de que puedan convivir con espacios de carácter dotacional privado). Ello explica, en último término, y justifica, la no-repercusión del valor de las superficies que van a tener ese destino. Por consiguiente, entiendo que no nos hallamos ante dos negocios jurídicos (una compraventa, por una parte, y una donación, por otra) sino ante una única operación de compraventa, para el cálculo de cuyo precio no se tiene en cuenta el valor de repercusión de algunos terrenos, como parte de una fórmula de fijación de precio por debajo del valor de mercado, perfectamente lícita, como se expuso en la consideración jurídica primera de este informe.

Definida así la operación que se pretende realizar, el procedimiento a seguir sería el siguiente:

a) En el caso de que la operación consista en un mero contrato privado de compraventa, y teniendo en cuenta la normativa del RBEL sobre enajenaciones (modificada por la norma especial del TRLS de 1976 que permite la venta directa y por debajo del precio de mercado) bastaría un acuerdo municipal, en el que se estableciese, con referencia al convenio, la operación que se va a realizar, la superficie que se vende y el precio de dicha venta. En el expediente deberá constar la valoración pericial de los terrenos (sin perjuicio de que no se vaya a tomar esta para la fijación del precio) así como las

certificaciones administrativas y del Registro de la Propiedad sobre la naturaleza de los bienes. Al amparo del principio de libertad de pactos, pueden incluirse las cláusulas propias de la compraventa que se consideren oportunas. La competencia para la adopción del acuerdo corresponderá al Pleno si la enajenación no estuviera prevista en el presupuesto o si, estándolo, el valor de los bienes excediese del 10% de los recursos ordinarios del presupuesto o, en todo caso, de 500 millones de pesetas. En otro caso, la competencia correspondería al alcalde, salvo, lógicamente, de posibles acuerdos municipales sobre delegación de competencias [cf. artículos 21.1.p) y 22.2.o) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local]. En el caso de que el acuerdo corresponda al Pleno, se adoptará por mayoría simple, salvo que el valor de los bienes exceda del 20% de los recursos ordinarios del presupuesto, en cuyo caso se requerirá mayoría absoluta, y, por tanto, informe preceptivo de Secretaría [artículo 47.3.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril].

Además, y conforme al artículo 276.1 de la LALG, si el valor de los bienes excediese del 25% de los recursos ordinarios, se precisaría autorización de la comunidad autónoma. No se considera, en cambio, que sea precisa la autorización administrativa superior prevista en el artículo 166 del TRLS de 1976 por tratarse de enajenación por debajo del valor de mercado, ya que ese mecanismo de tutela previsto en una norma preconstitucional debe considerarse derogado por la disposición derogatoria de la Ley de bases del régimen local, así como por la del Texto refundido de disposiciones vigente en materia de régimen local y la propia Ley de Administración local de Galicia, por resultar incompatible con las mismas, que no contemplan ningún supuesto de autorización superior en caso de enajenación de bienes que no sea el ya citado al principio de este párrafo.

Con posterioridad al acuerdo, el contrato debería formalizarse en escritura pública ante notario, para lo que es competente el alcalde, de acuerdo con el artículo 41.1.12 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre).

b) En el caso de que la operación exceda de la simple compraventa y constituya un convenio administrativo complementario del anterior, las formalidades serán las mismas que se describieron para la venta, sin perjuicio de otras que pudiesen derivar del contenido del eventual convenio complementario.

2.4. Subsistencia de contradicciones entre las superficies registradas de titularidad municipal y las contempladas en la planimetría del PGOM

Si bien esta cuestión no afecta a la operación de venta de la parcela a Xestur, resultaría conveniente aclararla de cara a facilitar la posterior gestión urbanística de los

terrenos, siendo conveniente la adquisición por Xestur de la totalidad de la superficie del sector –salvo, en su caso, las dotaciones públicas ya existentes. Por consiguiente, deberían aclararse estos extremos y, caso de resultar la existencia de propiedades particulares en el sector, procederse a su adquisición. ■

Reclamación de daños formulada ante un ayuntamiento por un accidente de circulación por el choque con un jabalí

Jorge Pueyo Moy
*Jefe de sección de la Asesoría Jurídica
 de la Diputación Provincial
 de Huesca*

1. Antecedentes

Primero. Mediante un escrito de fecha 3 de septiembre de 2001 se solicitó asistencia jurídica por parte de un ayuntamiento de la provincia de Huesca para la resolución, entre otros asuntos, de la reclamación de daños formulada por un ciudadano. A esta petición se añadía la propuesta municipal de designación de un letrado concreto.

La Presidencia de la Diputación Provincial de Huesca contestó en fecha 13 de septiembre que, en tanto no hubiera recurso contencioso-administrativo y el ayuntamiento no contara con una póliza de seguros, no se asumiría la defensa jurídica para el ayuntamiento, sin perjuicio de que sí se diera la oportuna asesoría jurídica para la tramitación del expediente administrativo.

Finalmente, el alcalde presidente del ayuntamiento remite un escrito solicitando asesoramiento para la resolución de la reclamación de daños referida –escrito de fecha 16 de octubre, registrada el 22 siguiente–, acompañando la documentación de que dispone el ayuntamiento al respecto.

Segundo. Con el objeto de proceder a la emisión del correspondiente informe jurídico, son de relevancia los siguientes hechos, que a continuación se relacionan:

a) Con fecha 8 de abril del año 2000 a las 0.45 horas se produce, al parecer, una colisión del vehículo propiedad del reclamante con un jabalí en el punto kilométrico 148 de la N-240, junto al coto municipal de caza número HU-10418-D.

b) A la mañana siguiente la Guardia Civil levanta un atestado, a requerimiento del accidentado, que consta en el expediente al que nos remitimos.

c) Con fecha 14 de abril de 2000, a través de la empresa aseguradora, el particular formula la primera reclamación de daños, ante la cual el ayuntamiento realizó diversas diligencias en la tramitación del procedimiento de declaración de responsabilidad –conforme al Real decreto 429/1993–, quedando incorporado al expediente el atestado la declaración de un testigo ocular que acompañaba al conductor y que verifica la declaración del reclamante, y las diligencias encaminadas a concretar el exacto lugar del accidente.

Tras la instrucción del expediente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Real decreto 429/1993, se remite todo lo actuado a la empresa aseguradora a fin de dar audiencia por quince días previa a la redacción de la propuesta de resolución –escrito de 22 de septiembre de 2000–, ante lo cual el particular presenta un escrito de alegaciones que funda la responsabilidad municipal en la titularidad pública del coto de caza del que se presupone que provenía el jabalí y diversos preceptos de la legislación de caza, considerando prueba suficiente la existencia de atestado y la declaración testimonial que obra en el expediente –escrito de 13 de octubre de 2000, registrado el 18 siguiente.

Tras nuevas actuaciones municipales, que no son relevantes para la emisión de este informe, la Alcaldía Presidencia, mediante el Decreto de 4 de diciembre, desestima la reclamación de daños al no quedar acreditada la responsabilidad municipal por no tener el coto autorizada la caza menor. No obstante los términos de la resolución, la misma no puede calificarse sino de propuesta sobre la cual el ayuntamiento da un nuevo plazo de audiencia al particular. Este decreto es notificado al letrado del reclamante con fecha 11 de diciembre, tras lo cual el particular ni alega ni realiza actuación ninguna.

d) Con fecha 19 de julio de 2001 se presenta ante la Oficina de Correos del municipio en el que está domiciliado el reclamante un nuevo escrito de reclamación de daños –segunda reclamación–, en el que no se refiere a lo actuado anteriormente, pero que funda la existencia de responsabilidad en la circunstancia de que se habían llegado a autorizar la caza de jabalíes en el coto por la DGA, por lo que debe ser el titular del coto quien debe responder.

Tras este nuevo escrito, el ayuntamiento incorpora al expediente la documentación acreditativa del carácter de caza menor del coto en todo momento, así como la declaración anual de resultados.

e) Con fecha 22 de octubre de 2001 de la Oficina de Correos del municipio en el que está domiciliado el reclamante, el particular presenta un escrito exigiendo los efectos del silencio ante la falta de resolución expresa de la reclamación por parte del ayuntamiento.

f) Queda acreditado en el expediente el carácter de caza menor del coto municipal en todo momento, según calificación de la DGA, el plan técnico anual de

aprovechamientos y la declaración anual de resultados de los últimos ejercicios.

2. Legislación aplicable

–Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC).

–Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

–Ley 12/1992, de 10 de diciembre, de caza de la Comunidad Autónoma de Aragón.

–Ley 1/1970, de 4 de abril. Ley de caza.

3. Fundamentos de derecho

Con el objeto de facilitar la lectura y la comprensión del presente informe, el mismo será estructurado en varios subapartados, que analizarán cuestiones diferenciadas respecto de las reclamaciones presentadas. Estos subapartados son:

3.1. Procedimiento administrativo a tramitar ante la existencia de dos reclamaciones en distinto momento, una de fecha 14 de abril de 2000, otra de fecha 17 de julio de 2001.

3.2. Solicitud de efectos estimatorios o desestimatorios del silencio.

3.3. Inexistencia de los presupuestos para que nazca responsabilidad patrimonial.

3.4. Ponderación, a efectos meramente dialécticos, de que la Ley 12/1992, de 10 de diciembre, de caza, en su artículo 72 recoge la responsabilidad por daños de la Comunidad Autónoma de Aragón.

3.5. Régimen de recursos de la resolución que dicte.

3.1. Procedimiento administrativo a tramitar por el ayuntamiento ante la existencia de dos reclamaciones

A fin de clarificar la situación originada por la formulación de dos reclamaciones diferenciadas en el tiempo, pero con similar fundamento e idéntica petición, una primera reclamación de fecha 14 de abril de 2000, presentada en nombre del particular por su compañía aseguradora y una segunda de 19 de julio de 2000, presentada por el letrado en nombre y representación del reclamante, se hace preciso dictar una resolución de acumulación de ambos expedientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de modo que la resolución expresa que deba dictar el ayuntamiento haga referencia a ambas reclamaciones dándose fin así a ambos expedientes.

Téngase en cuenta que, en puridad de términos, sobre la primera reclamación pesa todavía la obligación

de resolver expresamente para el ayuntamiento –artículo 42 de la LRJPAC–, incluso a pesar de haber transcurrido el plazo máximo de seis meses para tramitar el expediente –artículo 13.3 del Real decreto 429/1993.

Por otro lado, el principio general de economía procedimental aconseja que las diligencias y los trámites producidos en el primer expediente puedan ser reproducidos en el segundo, evitándose así una duplicidad de actuaciones y una demora mayor en la resolución del expediente.

Igualmente, a la vista de las continuas audiencias dadas al particular en la tramitación de la primera reclamación –en una de las cuales ni siquiera manifestó alegación alguna–, podemos considerar que la no-apertura de un nuevo plazo de audiencia no produce indefensión alguna al reclamante, por lo cual, de adoptarse la definitiva resolución del expediente, ésta sería ajustada a derecho desde un punto de vista procedimental.

Sobre los términos de la resolución de acumulación a adoptar, nos remitimos al contenido de la conclusión de este informe.

3.2. De la solicitud de efectos estimatorios o desestimatorios del silencio

Con fecha 22 de octubre de 2001 de la Oficina de Correos del municipio en el está domiciliado, presenta un escrito exigiendo al ayuntamiento que declare los efectos del silencio ante la falta de resolución expresa de la reclamación en el plazo de tres meses previsto en el artículo 42 de la Ley 30/1992.

No obstante la alegación del particular, debe tenerse en cuenta que el citado artículo 42, en su punto tres, establece que con carácter general el plazo para la resolución y la notificación en un expediente será de tres meses, plazo que rige sólo para los supuestos en que las normas reguladoras de los procedimientos no fijen plazo máximo ya que, de fijarlo, será éste el plazo máximo de notificación de la resolución expresa –artículo 42.2.

Al respecto, la norma reguladora del procedimiento viene establecida en el Real decreto 429/1993, cuyo artículo 13.3 señala que el plazo para la tramitación del procedimiento de responsabilidad administrativa es de *seis meses*.

En cuanto a los efectos del silencio, serán desestimatorios –en virtud de lo previsto en el artículo 142.7 de la Ley 30/1992– si transcurrido el plazo no se ha dictado resolución alguna –lo que ha ocurrido para la primera reclamación. Sin perjuicio de que hubiera transcurrido el plazo para resolver continúa la obligación municipal de dictar resolución expresa, resolución para la cual el ayuntamiento no se encuentra vinculado de modo alguno al sentido del silencio, acorde con lo prevenido en el artículo 43.4 b) de la LRJPAC.

Para la concreta respuesta que deba darse a la petición de declaración de efectos del silencio formulada por el reclamante, nos remitimos al contenido de la conclusión que figura en este informe.

3.3. Inexistencia de los presupuestos para que nazca responsabilidad patrimonial

La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, responsabilidad de carácter objetivo, reconocida ya en la Constitución en su artículo 106, tiene su régimen jurídico propio en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, preceptos que, no obstante, deberemos poner en conexión con la responsabilidad que la legislación especial de caza regula para los titulares del coto de caza. Y ello por concurrir el carácter de administración pública –ayuntamiento– en la titularidad del coto de caza.

Los requisitos para que nazca responsabilidad patrimonial para una administración pública –ex artículo 139 de la LRJPAC– los podemos enumerar brevemente: a) que exista lesión; b) que la lesión obedezca al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y c) que no exista fuerza mayor.

Dado que el ayuntamiento no duda de la existencia de la lesión, ni en el expediente se hace referencia alguna a la concurrencia de fuerza mayor que pudiera exonerar de responsabilidad a la corporación local, deberemos centrarnos en el segundo de los requisitos señalados: que exista relación de causalidad entre el daño y la actuación administrativa, entre la irrupción en la calzada del jabalí y su colisión con el daño en el vehículo.

Es en este requisito donde entra en juego la conexión de la legislación de responsabilidad general con la especial de la Ley de caza, que de modo objetivo, igualmente, reconoce la responsabilidad de los titulares de un coto de caza de los daños que produzcan las especies cinegéticas provenientes de él. Así, el artículo 33 de la Ley de caza de 1970, que establece que “los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6, serán responsables de los daños y los perjuicios originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados”.

En consonancia con este precepto, los titulares de un coto de caza son responsables de los daños que ocasionen las piezas de caza provenientes del coto, responsabilidad de carácter objetivo que no requiere la concurrencia de culpa ni negligencia en la producción del daño por parte del propietario del coto –en nuestro caso del ayuntamiento.

Sin embargo, en esta exposición debemos añadir una importante y esencial puntualización al tenor literal del artículo 33 de la Ley de caza: el titular del coto es responsable de los daños que causen las especies cinegéticas a las que está autorizado cazar, no de aquellas otras

cuya caza no le esté permitida. Así, el ayuntamiento titular de un coto de caza menor, sólo es responsable de los daños que las piezas de caza menor puedan producir, no, por tanto, de los daños que ocasionen piezas como el jabalí, de caza mayor, cuya captura no tiene autorizado.

Al respecto, el reclamante recoge la Sentencia 67 de la Audiencia Provincial de Huesca, de 7 de marzo de 2000, en la misma línea argumental, línea que no se rompe por el hecho de que puntualmente la DGA autorizara la caza del jabalí en excepcionales batidas.

Como jurisprudencia que apoya la tesis de desestimación de responsabilidad patrimonial del ayuntamiento, valgan las siguientes sentencias:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 9 de noviembre de 1994 (Aranzadi AC 1994\2492).

“*Primero.* Tanto el artículo 33 de la Ley de caza como el artículo 35 de su reglamento contemplan el supuesto de responsabilidad por daños causados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados, atribuyéndosela a los titulares de esos aprovechamientos cinegéticos. Y sólo de lo dicho se deduce que ha de tratarse de piezas de caza de un terreno acotado. Lo cual implica que esa caza dañadora sea objeto ordinario de la actividad cinegética del coto (cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa, en que el coto demandado figura como de caza menor, al folio 43 de las actuaciones, no admitiéndose la caza del jabalí, especie de caza mayor, sino, excepcionalmente, autorizando batidas al mismo por daños a los cultivos, como aparece de los folios 47 y 48 de autos) y que sean precisamente animales de caza del propio coto.”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 7 de febrero de 1994 (Aranzadi AC 1994\225).

“[...] Pues bien, abordando el estudio de la cuestión desde la indicada perspectiva es obligado concluir que el expresado presupuesto no concurre en el caso, pues, aunque los jabalíes, incidentalmente o de paso, estuvieran al producirse el accidente o inmediatamente antes en el acotado del demandado, o salieran de él para entrar en la calzada, mal puede decirse que ‘procedían’ del repetido coto desde el momento que tales animales, en virtud de lo reglado en el artículo 4.3 de la ley son propios de la caza mayor, actividad cinegética que es ajena al coto del demandado, destinado a la caza menor, con piezas como el conejo, la liebre, la perdiz, la codorniz, el tordo y aves palmípedas, de modo que las piezas como la determinante del siniestro no guardan ninguna relación con el acotado de la titularidad del demandado cuyos terrenos, además, no reúnen las características apropiadas, ni el hábitat adecuado, para la reproducción y encamado de crías de jabalí u otras especies propias de la caza mayor, por lo que el coto del demandado, también de hecho, sólo tiene actividad cinegética para las especies clasificadas como de caza menor, circuns-

tancia que impide la imputación del siniestro en los términos defendidos en la demanda que, por ello, está bien desestimada en la sentencia apelada la cual, en consecuencia, debe ser confirmada por sus propios fundamentos.”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 24 de marzo de 1995 (Aranzadi AC 1995\430).

“[...] Pero, como ya hemos adelantado, existe en este juicio otra dimensión de mayor calado jurídico, atinente a la interpretación del artículo 33.1 de la Ley de caza: ‘Los titulares de aprovechamientos cinegéticos [...] serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados’ –en la misma línea, el artículo 35.1.a) del reglamento de dicha ley.

“Acerca de este precepto legal se ha dicho –también nosotros, *vid.* la alegada Sentencia de 7 junio de 1993– que instaura un criterio eminente objetivo, superador por ende del reflejado en las normas reguladoras de la culpa extracontractual, definitivamente la ley 488.2 del Fuero nuevo, y los artículos 1905 y 1906 del CC: en este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 mayo 1985, que incluso defiende que la Ley de caza derogó el artículo 1906 del CC.

“Ahora bien, en modo alguno cabe hiperbolizar esta tesis objetiva y aplicar sin matices e inflexiblemente el meritado artículo 33.1 a todo supuesto en que el animal proceda del coto interpelado. Lo dice atinadamente la sentencia cuestionada en el recurso, cuando afirma que ‘esta responsabilidad únicamente debe abarcar a las piezas propias de cada coto y no a los ejemplares de especies ajenas al mismo que de forma casual o fortuita se encuentren en él [...]’.”

A la vista de lo anterior, huelga entrar a valorar la realidad del accidente y si los daños producidos obedecieron o no a la colisión con un jabalí, ya que aunque hipotéticamente así fuera no cabría declarar la responsabilidad municipal.

3.4. Ponderación, a efectos meramente dialécticos, de que la Ley 12/1992, de 10 de diciembre, de caza, en su artículo 72 recoge la responsabilidad por daños de la Comunidad Autónoma de Aragón

A efectos meramente dialécticos, y una vez que hemos excluido la responsabilidad del titular del coto respecto de los daños producidos por un jabalí, señalaremos que la Ley 12/1992, de 10 de diciembre, de caza, en su artículo 72 recoge la responsabilidad por daños de la Comunidad Autónoma de Aragón, estableciendo que “serán indemnizados por la Diputación General, previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños producidos: a) los daños ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos no cinegéticos [...]”.

Este precepto puede interpretarse en el sentido de que la comunidad autónoma sería responsable de los daños ocasionados por caza mayor –especie cinegética– procedentes de terrenos no cinegéticos –concepto que englobaría los terrenos de coto menor, que no son cinegéticos a efectos de capturar piezas de caza mayor.

En sentido similar a la interpretación expuesta, la Sentencia de 19 de febrero de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Aranzadi 258) y la Sentencia de 18 de junio de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Aranzadi 2286), sentencias ambas que igualmente niegan que los titulares de cotos de caza menor respondan por daños producidos por colisiones de vehículos de caza mayor.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 19 de febrero de 1999 (Aranzadi RJCA 1999\258).

“[...] 3) El accidente tuvo lugar en el interior del coto privado de caza cuyo titular es la Sociedad de Cazadores de Santa Ana de Entrena, cuyo principal y único aprovechamiento cinegético es la caza menor.

“*Tercero.* Sostiene la recurrente que la Administración autonómica demandada debe indemnizarle por el importe de los daños sufridos en su vehículo por aplicación del principio de responsabilidad objetiva que regula el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración.

“Aunque en el supuesto sometido a enjuiciamiento ha quedado probado que el jabalí causante de los desperfectos en el vehículo de la demandante, provenía de un coto privado, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley de caza, de 4 de abril de 1970, que consagra la responsabilidad cuasi objetiva de los titulares de aprovechamiento cinegético de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Y subsidiariamente de los propietarios del terreno. Ello obedece a la circunstancia de que el aprovechamiento cinegético del coto era sólo de caza menor, lo que excluía la posibilidad de cazar jabalíes. Ante este hecho corresponderá a la administración autonómica demandada adoptar todas las cautelas necesarias para evitar que piezas de caza mayor, entre ellas el jabalí, puedan ocasionar daños a terceros, debido a la imposibilidad de que el titular del coto o el propietario del terreno puedan impedir su multiplicación, por estar prohibido, como ya se ha dicho, su aprovechamiento cinegético. Esta obligación encuentra su sustento jurídico en el artículo 8.1.9 del Estatuto de autonomía de La Rioja, que establece que corresponde que, dentro del ámbito de competencias de la comunidad autónoma, le corresponde en exclusiva la materia de caza. Es indudable que la regulación de la caza constituye un servicio público, y pese a que los daños originados por el jabalí no pueden enmarcarse dentro de un funcionamiento anormal de aquél, con base en el principio de responsabilidad objetiva la administración autonómica debe res-

ponder de los mismos, sistema que caracteriza la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro ordenamiento jurídico, quien no ha acreditado que el resultado dañoso fuera causado por fuerza mayor ni que la actora tuviera intervención alguna en él [...].”

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 18 de junio de 1998 (Aranzadi 1998\2286).

“[...] en que colisionó con la antes mencionada pieza de caza mayor procedente de los terrenos limítrofes a la vía por la que circulaba, sobre los cuales existía una *concesión de aprovechamiento, exclusivamente* referido a *caza menor*, en favor de la Sociedad Local de Cazadores de Torre de Santa María (Cáceres). Tales hechos aparecen suficientemente acreditados con el atestado de la Guardia Civil de Tráfico que se levantó *in situ* y que obra en el expediente. Pues bien, de tales antecedentes deduce el actor que procede declarar la responsabilidad de la Administración autonómica al amparo de lo establecido en el artículo 74 de la Ley autonómica 8/1990, de 21 diciembre, de caza de Extremadura, a cuyo tenor ‘serán indemnizados por la Administración regional, previa instrucción del oportuno expediente y las valoraciones a que hubiese lugar: a) Los daños ocasionados por especies cinegéticas de los terrenos sometidos a régimen cinegético especial, que no sean objeto de concesión administrativa para su aprovechamiento privado o deportivo’. Dicha responsabilidad procedería en el caso de autos por cuanto si bien los terrenos limítrofes a la vía por la que circulaba el actor estaban sometidos a régimen cinegético especial al constituir un coto deportivo, es lo cierto que este tipo de concesión en modo alguno incluía la caza mayor, por lo que, conforme al precepto mencionado, debe establecerse la responsabilidad de la Administración regional. Bien es verdad, y nada se debate al respecto, que el mencionado precepto limita la responsabilidad de la Administración a los supuestos en que los terrenos se sometiesen a régimen cinegético especial, esto es, los comprendidos en los artículos 12 y siguientes de la ley, que se contraponen a los de aprovechamiento cinegético común (artículo 9); sin embargo, es lo cierto que esa responsabilidad ha de extenderse a todo tipo de terrenos siempre que se excluya, para una determinada actividad cinegética, un régimen de concesión administrativa y ello por cuanto los animales existentes en estas zonas (especial o común), son, en principio, de titularidad pública como determina el artículo 6 de la ley que examinamos.”

3.5. Régimen de recursos de la resolución que dicte

La resolución que recaiga en el expediente será susceptible de recurso de reposición potestativo ante el alcalde presidente en el plazo de un mes o bien de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de

Justicia de Aragón en el plazo de dos meses, a contar ambos desde el día siguiente a la recepción de la notificación.

4. Conclusión

En opinión del funcionario que suscribe, procede la desestimación de la reclamación de daños objeto de este informe, por no ser el coto de caza de que es titular apto para la caza mayor, conforme a lo señalado en los fundamentos de derecho anteriores, sin entrar en el análisis de los demás requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad.

En consonancia con lo anterior, se propone la adopción de la siguiente resolución por la Alcaldía Presidencia del ayuntamiento, órgano competente para su resolución en razón de la cuantía a que asciende la indemnización solicitada:

“Visto el expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por [...] por los daños producidos por la presunta colisión de un jabalí con el vehículo de su propiedad matrícula [...].

“Teniendo en cuenta la existencia de dos reclamaciones diferentes, de fechas 14-4-2000 y 19-7-2000, de identidad sustancial.

“Considerando que el ayuntamiento tiene el deber de resolver ambas reclamaciones, pudiendo dar por reproducidos los trámites seguidos por los servicios administrativos municipales para la primera reclamación también para la segunda, por motivos de economía procedimental, además de estar permitida la acumulación de expedientes conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992.

“Considerando asimismo que tras las distintas audiencias –en una de las cuales no compareció– y con la presentación de la segunda reclamación el interesado ha tenido participación en todo momento en la tramitación del expediente, por lo cual puede procederse a adoptar la resolución definitiva a la reclamación sin incurrir en indefensión por su parte.

“Vista la petición de 22 de octubre de 2001, por el que solicita se certifiquen los efectos del silencio, una vez han transcurrido tres meses desde la segunda tramitación, conforme al artículo 42 de la Ley 30/1992.

“Comprobado que en ningún momento el coto de caza menor de que es titular el ayuntamiento –coto HU-10418-D– ha sido calificado como coto de caza mayor, e incluso solo en una ocasión fue autorizado excepcionalmente a la realización de batidas de jabalí, lo que le exonera de responsabilidad por los daños que pudieran producirse por la colisión entre un vehículo y un jabalí, según constante jurisprudencia.

“Asumiendo el contenido del informe emitido por los servicios jurídicos de la Diputación Provincial de Huesca en fecha 25 de octubre, a requerimiento de esta

Alcaldía, dictamen que sirve de fundamento a la presente resolución.

“Esta Alcaldía-Presidencia, en uso de las atribuciones que le confiere el ordenamiento jurídico, resuelve:

“*Primero.* Acumular para la resolución en un único expediente y mediante este mismo acto, las reclamaciones formuladas por [...], en fecha 14-04-2000, y por el letrado [...] en nombre y representación de [...] al existir entre ambas identidad sustancial e íntima conexión, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992.

“*Segundo.* Informar al reclamante, respecto de su solicitud sobre los efectos del silencio por haber transcurrido el plazo de los tres meses previsto en el artículo 42 de la Ley 30/1992, que el plazo previsto para la resolución de las reclamaciones de responsabilidad es de *seis meses*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Real decreto 390/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, siendo *negativo* el silencio si transcurrido el plazo no se ha notificado la resolución expresa en virtud de lo dispuesto en el artículo 142.7 de la Ley 30/1992.

“*Tercero.* Desestimar acumuladamente las reclamaciones de responsabilidad interpuestas en nombre de [...] por daños en su vehículo matrícula [...] debidos presuntamente a la colisión con un jabalí, al no existir responsabilidad alguna de este ayuntamiento como titular del coto de caza, toda vez que el jabalí es pieza de caza mayor y el coto está clasificado exclusivamente como de caza menor, conforme a lo previsto en la legislación especial de caza y las numerosas resoluciones judiciales existentes. Ello, sin entrar a valorar ni la realidad del accidente ni si los daños producidos obedecieron o no a la colisión con un jabalí, ya que aunque hipotéticamente así fuera en ningún supuesto cabría declarar la responsabilidad municipal.

“*Cuarto.* Notificar la presente resolución al interesado con remisión de copia certificada del informe emitido por el letrado de los servicios jurídicos provinciales que sirve de fundamento a este acto y cuyo contenido se asume íntegramente.” ■

QDL CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS

La sección “Crónica de las ordenanzas y los reglamentos locales” selecciona ordenanzas locales publicadas en los boletines oficiales de libre acceso por internet. En la sección se publican estudios que valoran el alcance de la potestad normativa local sobre una materia, y se pretende ayudar a la formación de criterios a los operadores locales, para abordar la elaboración de ordenanzas sobre un objeto coincidente o similar, a través de la localización de las ordenanzas publicadas y de un estudio de carácter general que aborde el marco jurídico y las cuestiones de mayor conflictividad interpretativa.

En este QDL 1, se examinan las ordenanzas de los ayuntamientos de Crevillente, Madrid y Barcelona reguladores de la ocupación del dominio público local desde una concreta perspectiva: las técnicas utilizadas para establecer infraestructuras comunes para todos los servicios de suministro. Advertimos que las tres ordenanzas aportan criterios, que no son objeto de consideración en el estudio publicado, para resolver las cuestiones más cotidianas, desde los tipos de autorización que se precisa para ocupar el dominio público y su contenido y tramitación –que diferencia las averías del resto de actuaciones–, hasta la forma de planificar las obras en el dominio público para evitar las molestias a los ciudadanos y garantizar el uso común general del sistema viario y de espacios libres. El lector puede acceder para constatarlo a las direcciones electrónicas que se citan en el comentario.

La ocupación del dominio público municipal por las redes de servicios: reflexiones al hilo de la regulación, en tres ordenanzas municipales, de infraestructuras comunes para todas las conducciones técnicamente compatibles

1. Introducción.

1.1. El Reglamento del Ayuntamiento de Crevillente de calas y canalizaciones, para la construcción, el control, la explotación y el mantenimiento de galerías y entubamientos, para instalar servicios infraestructurales de agua, gas, electricidad, telefonía, telecomunicaciones y otros análogos. 1.2. La Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid general de obras, servicios e instalaciones en las vías y los espacios públicos municipales. 1.3. La Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona de uso de las vías y los espacios públicos, de 27 de noviembre de 1998, modificada el 20 de julio de 2001.

2. Las incertidumbres que conlleva la liberalización de los sectores de la energía y las telecomunicaciones.

3. Urbanismo e infraestructuras de suministro.

3.1. Las infraestructuras como costes de urbanización. 3.2. La regulación del subsuelo.

4. Servicio público y dominio público en las actividades liberalizadas.

5. La protección por el municipio de las finalidades públicas que justifican la afectación al dominio público de los bienes municipales de uso general.

6. Servicio público y actividades de suministro que ocupan el dominio público municipal.

6.1. El suministro de agua y la prestación del servicio de saneamiento. 6.2. El suministro de energía (electricidad y gas por canalización).

7. El derecho de ocupación del dominio público.

7.1. La regulación del derecho en la legislación reguladora del sector eléctrico y de hidrocarburos. 7.2. La regulación del derecho en la legislación de telecomunicaciones.

8. Conclusiones.

Domènec Sibina Tomàs
*Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

Abreviaturas utilizadas

LA: Texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio.

LRSE: Ley 54/1997, de 27 de noviembre, reguladora del sector eléctrico.

LSH: Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local.

LGTc: Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones.

LUAR: Ley 5/1999, de 25 de marzo, de urbanismo de Aragón.

LUCat: Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

LUCLeon: Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León.

LRSPAs: Ley 3/2002, de 19 de abril, de régimen del suelo y la ordenación urbanística del Principado de Asturias.

LSMur: Ley 1/2001, de 24 de abril, del suelo de la Región de Murcia.

LOTCan: Ley 9/1999, de 13 de mayo, de ordenación del territorio de Canarias.

LOTMancha: Ley 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha.

LSMad: Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid.

LUCVal: Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de urbanismo de la Comunidad Valenciana.

LSEx: Ley 15/2001, de 14 de diciembre, de suelo y ordenación territorial de Extremadura.

LOUGal: Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

1. Introducción

La ocupación del dominio público municipal por las redes de suministro de agua, energía y telecomunicaciones y el servicio de saneamiento es objeto de regulación en la legislación de régimen local, la legislación urbanística y la legislación de cada uno de los sectores (agua, energía eléctrica, hidrocarburos y telecomunicaciones).

El motivo de este comentario es hacer una reflexión general sobre las potestades de ordenación del municipio, a la vista de las técnicas utilizadas por tres ordenanzas municipales para establecer infraestructuras comunes para todos los servicios de suministro. Las tres ordenanzas son las de los ayuntamientos de Crevillente, Madrid y Barcelona.

1.1. El Reglamento del Ayuntamiento de Crevillente de ca-las y canalizaciones, para la construcción, el control, la explotación y el mantenimiento de galerías y entubamientos, para instalar servicios infraestructurales de agua, gas, electricidad, telefonía, telecomunicaciones y otros análogos (BOP de Alicante de 31 de enero de 2002, <http://portal.dip-alicante.es/portal/bop/bop.nsf>)

Esta ordenanza fue informada durante su tramitación por el Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), en su sesión de 27 de septiembre de 2001, que sostiene la ilegalidad de constituir un

servicio público municipal de galerías de servicio y canalizaciones.¹ La ordenanza establece la ordenación del subsuelo de acuerdo con los cánones técnicos generales que rigen en esta materia.² Su singularidad consiste en prever que la construcción y la explotación de las infraestructuras de ocupación del subsuelo constituyen un servicio público municipal que podrá prestarse por gestión directa o por concesión administrativa.

Este servicio público se define en el artículo 1: “Es objeto del presente reglamento la regulación del servicio de explotación del subsuelo del dominio público municipal, mediante ocupación del mismo con aprovechamiento de sus galerías u otras infraestructuras soporte, por redes de servicios y suministros de agua, alcantarillado y gas, así como redes conductoras de electricidad, teléfono, telégrafo y demás redes de cable o fibra óptica para otros servicios de telecomunicaciones y de televisión [...]”

El servicio público no lo es en régimen de monopolio³ y las compañías pueden construir su propia red independiente. La técnica utilizada para conseguir este resultado se plasma en el artículo 59 de la ordenanza, que diferencia entre:

a) La utilización privativa que es objeto de concesión administrativa. Esta utilización conlleva el pago previo del canon de adjudicación y la posibilidad de cobrar derechos por la explotación anual de los servicios a que hace referencia el artículo 1 de la ordenanza. El artículo 59 establece que el concesionario ejecuta las obras de

1. El informe de la CMT de 27 de febrero de 2001 (que se puede consultar en la página web www.cmt.es) afirma: “[...] en la práctica, la calificación de una actividad como servicio público suele legitimar (sobre la base del interés social que se supone que se ha apreciado para efectuar la declaración) que el ejercicio de la actividad por parte de los particulares esté sometido a ciertas cautelas, que originan una restricción en la libertad empresarial de los particulares. Se refuerza, así, el protagonismo de la Administración titular del servicio, que extiende su control, dirección o vigilancia sobre la actividad, cualquiera que sea el agente que la realice. La práctica muestra la existencia de servicios públicos locales relativos a la realización de obras en la vía pública, tales como los de conservación de la red viaria, o los de reposición de pavimentos. Ahora bien, en estos casos se observa una justificación clara en las competencias municipales y los intereses de la comunidad vecinal, ya que tales servicios tienen como finalidad directa el mantener la vía (que es usada por los ciudadanos) en un buen estado de conservación. En cambio, la constitución de un servicio público de canalizaciones, con el objeto de ubicar en el subsuelo municipal los conductos que hayan de albergar las redes de telecomunicaciones (pues, aunque el objeto del reglamento sea más amplio, esta actividad se incluye en el mismo, de una forma –además– particularmente destacada) *no resulta viable*, no sólo porque nos encontramos en el ámbito de una actividad liberalizada, sino porque, además, no parece encajar con la noción de servicio público antes expresada. En efecto, *lo que pretende municipalizar el Ayuntamiento es la actividad consistente en la instalación, la explotación y la conservación de infraestructuras para redes de telecomunicación, actividad liberalizada que se presta en régimen de libre concurrencia por los operadores del sector que se encuentren convenientemente habilitados y entre los que la LGTel obliga a promover las condiciones de competencia que permitan la existencia de una pluralidad de oferta de servicios. En materia de telecomunicaciones, la garantía de prestación de unos servicios a los ciudadanos viene determinada por un régimen de obligaciones de servicio público sobre el que la LGTel se pronuncia, concretan-*

do sujetos obligados y Administración competente para velar por los mismos. *De este modo, tras la despublicatio del sector, la actividad consistente en la instalación y la explotación de infraestructuras para redes de telecomunicaciones (como actividad integrada en la actividad típica de establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicación) no puede ser calificada como servicio público en el ámbito local, y menos con las pretensiones de exclusividad que se acogen en el reglamento.* Por otro lado, resulta difícil argumentar que el establecimiento y la conservación de conductos para las redes de telecomunicaciones que colocarán los operadores sea una necesidad sentida por la comunidad vecinal, dicho sea con respeto a la potestad de autoorganización municipal. Parece claro que, cuando menos de forma directa, no se satisface una utilidad de la comunidad vecinal (que no tiene la cualidad de usuaria de este servicio). *En la misma línea, podría cuestionarse la oportunidad o la conveniencia de que el Ayuntamiento garantice, a sus vecinos, que los operadores vayan a contar con unos conductos para la instalación de sus redes, teniendo en cuenta que la actividad garantizada constituye, en realidad, una de las fases del plan de negocio que los operadores han de llevar a cabo para prestar sus servicios en el municipio.* Se advierte, por tanto, una dificultad en justificar, sobre la base de las necesidades de la población urbana, la existencia de un servicio público de canalizaciones del que quienes se van a servir van a ser –entre otros– los operadores de telecomunicaciones.” (La cursiva es nuestra.)

2. El artículo 2 establece que las tuberías conductoras de suministros y las redes de cable-soporte de servicios, prestadas por compañías concesionarias o por operadoras licenciatarias, se instalarán en el subsuelo de la vía pública, ubicándose en alguna de las siguientes modalidades de asentamiento: a) galerías de servicio visitables; b) canalizaciones entubadas (tubulares); c) enterrados, y d) cámaras de registro.

3. En este punto parece que el Ayuntamiento modificó la ordenanza aprobada inicialmente, a la vista del informe de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

canalización mediante la instalación de tubulares soporte de redes de servicios, a cambio de explotar el servicio municipal de ocupación del dominio público.

b) La ocupación que conlleva el uso común, especial y normal del dominio público, ni privativo ni excluyente, compartible con otros usos especiales similares, precisa de autorización demanial. La ordenanza exige el pago de un derecho inicial de autorización y la liquidación anual de derechos de explotación del servicio. El precepto precisa que “las autorizaciones demaniales a operadoras, para instalar sus cables –redes– en soportes –entubados o galerías– que construyan ellas mismas, pagarán las tasas de autorización y los derechos de explotación, sin devengar canon de ocupación o instalación, ya que no ocupan entubados públicos”.

La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones distingue entre la construcción de galerías de servicios de titularidad municipal⁴ (que afirma que no coincide con el supuesto previsto en la ordenanza) y la construcción con la intención de intervenir como un agente económico más en el mercado, compitiendo con otros operadores en la actividad de explotación de infraestructuras y redes de telecomunicaciones –a cuya categoría, dice la CMT, pertenece la explotación de las canalizaciones subterráneas para cables de comunicaciones–. En este segundo caso (que es el que considera la CMT que concurre en el caso de la ordenanza objeto de informe), su régimen jurídico, afirma, será el que resulte de la normativa sectorial de telecomunicaciones y de salvaguardia de la libre competencia en el mercado.⁵

La diferenciación es oscura y difícil de entender en el caso concreto. Quizás, lo que sucede es que la ordenanza no explicita que su ordenación se proyecta sobre dos situaciones de hecho y urbanísticas distintas (el

suelo urbano consolidado que tiene la condición de solar y el suelo urbano que no tiene la condición de solar, el urbano no consolidado y el urbanizable), y, sin embargo, la CMT lo advierte, pero las diferencias no las plasma en argumentos convincentes que permitan discriminar regímenes jurídicos distintos para cada supuesto. Obsérvese que en el suelo urbano consolidado que tiene la condición de solar todas las instalaciones, salvo las de telecomunicaciones, ya existen, con lo que la construcción de canalizaciones entubadas (tubulares) o galerías de servicios sólo podrán ser utilizadas y financiadas por las operadoras de telecomunicaciones. En el suelo urbanizable, en el suelo urbano no consolidado en el que se sustituya la urbanización existente o se complete o rehaga y en el urbano consolidado que no tiene la condición de solar, las canalizaciones o las galerías de servicios serán nuevas, pueden diseñarse comunes para todas las redes de servicios compatibles técnicamente y se incorporarán al dominio público municipal por cesión gratuita. Ello puede llevar a entender a la Comisión, con una argumentación que entendemos errónea, que la construcción de canalizaciones en el suelo urbano consolidado, que ya tiene la condición de solar, a través de concesionario, únicamente para los servicios de telecomunicaciones, es una actividad de construcción de redes públicas de telecomunicaciones que precisa de la licencia prevista en la LGTC.

En nuestra opinión, lo que pretende el Ayuntamiento es disponer de galerías de servicio o canalizaciones entubadas (tubulares) de dominio público, financiadas a través de una concesión de obras públicas (en el suelo urbano ya consolidado que ya tiene la condición de solar), con el objeto de unificar el espacio que precisan las compañías de suministros y evitar el continuo trasie-

4. La CMT informó lo siguiente:

“Para exponer las alternativas existentes es preciso distinguir el título en virtud del cual actúe el ayuntamiento. a) Si el ayuntamiento interviene en su condición de Administración titular del dominio público, en las funciones que como tal le encomienda la normativa de régimen local o la normativa urbanística, incluyendo aquí la construcción de infraestructuras que queden incorporadas al dominio público sujeto a ocupación –vgr. galerías de servicios, puertos de comunicaciones–, en los supuestos en los que las mismas resulten necesarias, sin intención de establecer y explotar una red de telecomunicaciones o de prestar servicios en el mercado de telecomunicaciones, las relaciones jurídicas con los operadores serán las correspondientes a una Administración pública con los administrados, dentro del ámbito de las competencias que le son propias, sin perjuicio de las consideraciones que puedan hacerse desde la perspectiva de los principios que presiden la intervención de una Administración en la actividad económica. Sólo excepcionalmente estará justificada la integración de elementos específicos de redes de comunicaciones, como canalizaciones para cable en el dominio público de titularidad municipal, pero *lo característico de este supuesto no es tanto el tipo de construcción que se realice como el hecho de que pase a formar parte del dominio público de titularidad municipal, pero sin intención de acometer una actividad de explotación de las mismas para el mercado.*” (La cursiva es nuestra.)

5. El informe, en relación con este extremo, señala:

“[...] b) Si la intervención municipal se produce, directamente o a través de una sociedad participada por el ayuntamiento (o concesionario), con la inten-

ción de intervenir como un agente económico más en el mercado, compitiendo con otros operadores en la actividad de explotación de infraestructuras y redes de telecomunicaciones –a cuya categoría pertenece la explotación de las canalizaciones subterráneas para cables de comunicaciones–, sus relaciones jurídicas serán las que se deriven de la normativa sectorial de telecomunicaciones y de salvaguardia de la libre competencia en el mercado. En particular: 1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá, al autorizar la realización de esta actividad de explotación a través del otorgamiento de la correspondiente licencia C1 (o, en su caso, B1), establecer las condiciones que estime necesarias para que la previsión del volumen de canalizaciones a instalar sea tal que, con el mismo, no se distorsione la libre competencia. Así lo habilita el artículo 7.3 de la LGTel. 2. Los demás operadores podrán optar entre solicitar al ayuntamiento la compartición de infraestructuras o solicitar la ocupación de otros terrenos de dominio público. Esta segunda petición sólo podrá ser denegada por el ayuntamiento (que en este caso actuará como Administración pública) si concurriera alguna de las exigencias esenciales en materia de protección del medio ambiente, ordenación del territorio y el urbanismo; la negativa del ayuntamiento a tal ocupación sería recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si el operador opta por solicitar al ayuntamiento la compartición de infraestructuras, la relación entre ambos se sujetará a los estrictos términos de los artículos 48 y 49 del Reglamento del servicio universal, es decir, el operador y el ayuntamiento (que aquí actuaría como un operador más, desprovisto de sus potestades administrativas) habrán de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de la compartición.”

go de obras de instalación y averías. El problema de fondo, creemos, no es la ordenanza, sino la forma de transposición de las directivas comunitarias en lo relativo a compartición de espacios y de infraestructuras por los operadores de telecomunicaciones.⁶

En definitiva, aunque no compartimos el contenido del informe de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, permite plantear los parámetros del debate: los servicios liberalizados se prestan en régimen de competencia; se someten a autorización de la autoridad reguladora, o de la administración sectorial competente, que puede imponer condiciones tasadas legalmente; las empresas autorizadas que tienen el derecho –o el deber– a extender la red, tienen reconocido, a su vez, el derecho a la ocupación del dominio público y a ser beneficiarios de la expropiación de los terrenos privados que precisen (con distinto régimen y alcance según el sector sea el eléctrico, el de hidrocarburos y el de telecomunicaciones); la ocupación debe cohererarse con la protección del medio ambiente y el cumplimiento de los objetivos urbanísticos mediante la imposición del deber –o el reconocimiento del derecho– a la compartición de los espacios ocupados del dominio público o expropiados o de las redes, y, finalmente, que las potestades de los municipios titulares del dominio público están al servicio de garantizar el cumplimiento de las finalidades que justifican y legitiman la afectación del bien al dominio público local de uso general. Estos parámetros son los que enmarcan la reflexión que es objeto de este comentario.

1.2. La Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid general de obras, servicios e instalaciones en las vías y los espacios públicos municipales (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 7 de junio de 2002, www.madrid.org/bocm/)

La ordenanza del Ayuntamiento de Madrid, de acuerdo con su disposición derogatoria, sustituye a la de obras,

servicios e instalaciones en las vías públicas y los espacios públicos municipales, aprobada por el Acuerdo plenario del Ayuntamiento de 22 de diciembre de 1994. La ordenanza anterior, al igual que la actual, recoge un tipo de ordenación que da respuesta a las actuaciones realizadas por el Ayuntamiento de Madrid, para rentabilizar la utilización del dominio público municipal, consistentes en construir sus propias galerías de servicios a fin de exigir a las compañías prestadoras de servicios su utilización y el pago de las tasas correspondientes por la utilización de dichas galerías.

La ordenanza de 2002 establece en el artículo 4, apartado 1.3, que cuando las características de las vías y los espacios públicos municipales afectados y las redes a instalar así lo aconsejen, el Ayuntamiento podrá realizar por sí mismo o exigir a promotores, compañías de servicios u organismos públicos, la construcción de galerías y cajones de servicios. *Si fuese el Ayuntamiento quien realizase estas obras, el importe de las contribuciones especiales que correspondiera abonar a las empresas suministradoras que utilicen dichas galerías y cajones de servicios*, en virtud de lo establecido en el artículo 30 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, se calculará conforme al artículo 31 de esta ley.

En el caso de que las obras no sean ejecutadas por el Ayuntamiento, el coste de las mismas corresponderá íntegramente al promotor, las compañías de servicios o el organismo público que las haya ejecutado, quien deberá, previamente a su ejecución, solicitar la correspondiente licencia al servicio municipal competente, que establecerá todas aquellas condiciones que fuesen necesarias con objeto de velar por la salvaguardia de los intereses generales, que, en ningún caso, podrán contravenir la legislación vigente aplicable a la materia y serán proporcionadas al interés público que ha de preservarse. Una vez finalizadas las obras y recibidas por el Ayuntamiento, pasarán a ser de titularidad municipal.

6. En el artículo aparecido en el número 0 de esta revista, SIBINA TOMÁS, Domènec, "Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación", página 168, ya enunciábamos esta cuestión, al afirmar:

"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, 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 Real decreto 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 a 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 telecomunicación por motivos de ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del medio ambiente o la 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."

En cualquier caso, la vigilancia, el control y el mantenimiento de todos los servicios instalados en las galerías y los cajones de servicios corresponderá siempre al titular de los servicios instalados, *que deberá admitir la instalación de todos aquellos cables o conducciones técnicamente compatibles, cuando el servicio municipal competente lo considere conveniente.*

El uso de dichas galerías y cajones, tanto los ejecutivos directamente por el Ayuntamiento como por terceros, estará sujeto al pago de la tasa por utilización privativa y aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, el subsuelo o el vuelo de las vías y los espacios públicos municipales en favor de empresas explotadoras de servicios y suministros, reguladas en la correspondiente ordenanza fiscal.

En nuestra opinión, la distinción entre galerías de servicios construidas por el Ayuntamiento con cargo a contribuciones especiales giradas a las compañías que las utilizan y la construcción por parte de promotores, compañías de servicios y organismos públicos, responde al régimen de derechos y deberes establecidos en la legislación urbanística para cada clase de suelo. La ejecución por el Ayuntamiento, con cargo a contribuciones especiales, sólo será precisa en el suelo urbano consolidado, que tiene la condición de solar. En el resto de los supuestos (suelo urbanizable, urbano no consolidado y urbano consolidado que no tiene la condición de solar) podrá exigirse la ejecución a propietarios y promotores, que repercutirán el coste a las compañías de servicios, de acuerdo con las previsiones de la legislación sectorial (de energía eléctrica, de hidrocarburos y de telecomunicaciones). Las contribuciones especiales no son otra cosa que la alternativa a la de financiación propuesta en la ordenanza de Crevillente, a través de la concesión de obras públicas.

La ordenanza de Madrid pone de manifiesto la importancia de examinar las previsiones de la legislación urbanística, en orden a las infraestructuras que debe establecer el planeamiento y que deben ser realizadas con carácter previo a poder patrimonializar los aprovechamientos urbanísticos.

7. Creemos que para el interesado en cuestiones de ocupación del dominio público merece la pena prestar atención al capítulo 2, que regula los usos especiales (artículos 27 y siguientes) y distingue entre el uso común especial y el uso privativo. Es de interés el plazo al que se someten las licencias de ocupación del dominio.

El artículo 29 establece que las licencias para el uso común especial de los espacios públicos, concedidas sin plazo definido, están sometidas al límite general de las licencias y se entienden concedidas a precario una vez pasado el primer año o la primera temporada. Esta previsión se completa en el artículo 43 cuando señala que:

a) el plazo máximo de las licencias para usos especiales y privativos es de veinticinco años;

b) si las necesidades de amortización de las inversiones u otras razones lo aconsejan, el plazo puede extenderse hasta cincuenta;

1.3. La Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona de uso de las vías y los espacios públicos, de 27 de noviembre de 1998 (BOP de Barcelona de 15 de enero de 1999, www.bop.diba.es), modificada el 20 de julio de 2001 (BOP 194, de 18 de agosto de 2001)

Esta ordenanza se caracteriza por tener un objeto más amplio que las dos anteriores, ya que regula todas las tipologías de usos de las vías y los espacios públicos, y tiene por objeto establecer las reglas de convivencia en esos espacios. El examen de su contenido permite observar que tiene una vocación de regulación general, dado que comprende actividades tan diversas como la circulación con perros, el riego de macetas, la venta ambulante, la realización de obras y la ocupación del dominio público.⁷

Aquello que a nosotros nos interesa destacar es la posibilidad de ordenar el uso del subsuelo por las compañías de servicios a través de un plan especial urbanístico. El artículo 42.5 de la ordenanza establece que las redes de servicios y de instalaciones similares podrán ser objeto de un plan específico, que tendrá la naturaleza de plan especial urbanístico, con el objeto de garantizar la ocupación ordenada del dominio público, atender las exigencias del desarrollo urbano y conseguir los niveles mínimos de cantidad, calidad y seguridad de los servicios. El precepto precisa que las compañías de suministro deberán proporcionar toda la información sobre las instalaciones existentes y las previsiones futuras.

Esta ordenanza nos aporta un nuevo elemento de reflexión, al recordarnos la posibilidad de aprobar planes urbanísticos específicos de ordenación del subsuelo, con independencia de la clase de suelo de que se trate.

2. Las incertidumbres que conlleva la liberalización de los sectores de la energía y las telecomunicaciones

La liberalización de los sectores de la energía y las telecomunicaciones ha conllevado, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, notables incertidum-

c) a la finalización del plazo inicial se puede conceder una prórroga, siempre que el plazo total de los diversos períodos de licencia no sobrepase el plazo de cincuenta años, y

d) en la licencia se hará constar el plazo de amortización de las instalaciones autorizadas, que en ningún caso puede exceder de los cincuenta años.

La regulación del plazo de las licencias para usos especiales y la ponderación de la amortización de las inversiones en el cálculo de dicho plazo pone de relieve la problemática de la indemnización o no de las modificaciones del trazado de las redes infraestructuras de los servicios de suministro. La polémica respecto del carácter a precario sin indemnización de las licencias que autorizan el uso común especial, resulta más fácil de resolver si se pondera previamente cuál es el plazo de amortización y cuál es el plazo por el que se otorga la licencia de ocupación del dominio.

bres respecto a cuál debe ser el régimen jurídico aplicable a las empresas privadas que actúan en mercados liberalizados. A pesar de la inyección de competencia y de mercado, las normas atribuyen a estas empresas privadas ventajas exorbitantes respecto de otros sectores y mercados (léase constitución de servidumbres forzosas a su favor o derecho de ocupación de dominio público) y establecen soluciones distintas para las mismas cuestiones según el sector liberalizado (por ejemplo, respecto de los derechos de acometida y de extensión, que conllevan, en un caso, la adquisición gratuita de la red de extensión por las empresas distribuidoras de energía eléctrica⁸ y, en el otro, la adquisición por las empresas de suministro de gas y de prestación de servicios de telecomunicación, mediante el pago de una parte de la

inversión efectuada para la construcción de la nueva red).⁹ Las ventajas se otorgan legalmente a empresas que no actúan ya en la prestación de servicios públicos en régimen de monopolio, como concesionarios de la Administración pública.

Son ventajas otorgadas a empresas que actúan en régimen de competencia, con la legítima voluntad de lucro, que se imponen a propietarios y a administraciones. Su fundamento no es doctrinalmente pacífico: la condición de interés general de la actividad, su utilidad social,¹⁰ el servicio público universal, las obligaciones de servicio público, garantizar la igualdad de los operadores o garantizar la competencia en una realidad estructurada a través de operadores dominantes por su anterior condición de concesionarios monopolistas.¹¹

8. El artículo 41.1.c) de la LRSE establece como obligación de las empresas distribuidoras de energía eléctrica proceder a la ampliación de las instalaciones cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas. La regulación de las acometidas eléctricas está establecida en los artículos 44 y 45 del Real decreto de 12 de diciembre de 2000, sobre las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (que forman parte del capítulo II del título III, relativo a la distribución), que regulan los derechos de acometida y los criterios para la determinación de los derechos de extensión.

El régimen jurídico establecido en el Real decreto 1955/2000 sustituye el establecido en el Decreto de 12 de marzo de 1954, por el que se aprobó el texto unificado del reglamento "de verificaciones eléctricas y regularidad en el suministro de energía", y el Real decreto 2949/1982, de 15 octubre, por el que se establecieron normas sobre acometidas eléctricas, y se aprueba el reglamento correspondiente. La regulación derogada se fundamentaba en la obligación de la empresa distribuidora de extender la red y en un sistema mixto de financiación de la inversión por la empresa distribuidora y el usuario o el propietario. Una tercera parte la pagaba el solicitante en el momento de pedir el suministro, en función de una determinada fórmula, y la otra parte la compañía distribuidora, los dos tercios, que recupera en vía tarifa, en razón de los consumos futuros. Por tanto, en el régimen derogado, el propietario o el promotor que costeaba la urbanización para poder patrimonializar el aprovechamiento urbanístico, transmitía la propiedad de la red a la empresa distribuidora, que es la que se beneficia de su explotación, y recuperaba dos terceras partes de la inversión efectuada.

La nueva regulación reglamentaria establece que la ampliación de las redes de distribución de energía eléctrica para atender la demanda de nuevos suministros (que es una obligación de los distribuidores, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 54/1997, de 7 de noviembre, del sector eléctrico), debe ser costeada íntegramente por parte de los propietarios, salvo en suelo urbano que tenga la condición de solar (y siempre que no se superen los límites máximos de potencia señalados en el artículo 45.1 del real decreto), y en el caso del suelo no urbanizable, por parte de los solicitantes del suministro. En el suelo urbano y urbanizable, las instalaciones pagadas íntegramente por propietarios y promotores deben cederse gratuitamente a las empresas distribuidoras, que siguen siendo las que se benefician de su explotación, sin derecho a reintegro alguno de la inversión efectuada.

Hay que advertir que los derechos de acometida incluyen, de acuerdo con el artículo 44 del real decreto vigente, los derechos de extensión y los derechos de acceso. La consecuencia de cesión gratuita a las compañías suministradoras se proyecta, por tanto, sobre los derechos de extensión, que se definen como la contraprestación económica a pagar por cada solicitante de un suministro, o la ampliación de potencia de uno existente, a la empresa distribuidora por las infraestructuras eléctricas necesarias *entre la red de distribución existente* y el primer elemento propiedad del solicitante. El resultado es que las promociones inmobiliarias deben financiar íntegramente la nueva red eléctrica que precisen, hasta el punto en que se encuentre la red existente.

9. En el caso de de las infraestructuras viarias, las zonas verdes, los espacios libres y las redes de servicios públicos municipales de suministro de agua a domicilio o de alcantarillado, se ceden gratuitamente al municipio como un todo. En el caso de la canalización de gas se prevé que sean de propiedad de la empresa distribuidora, pero el coste no se imputa totalmente a esa empresa ni a los usuarios ni a los propietarios del suelo, ya que se financia parcialmente con los derechos de acometida y parcialmente con el pago de las tarifas, que incorporan el coste de la amortización de las inversiones realizadas. En el caso los servicios de telecomunicaciones, en especial en relación con las infraestructuras y las instalaciones de cable, debería entenderse que si el planeamiento urbanístico obliga a realizarlas no deberán cederse gratuitamente, sino a cambio de un precio pactado, salvo lo que se establezca específicamente para el servicio público universal de la telefonía fija disponible al público, que como es sabido lo ha de prestar necesariamente un concreto operador, que determina el órgano con competencia en materia de telecomunicaciones.

10. Chinchilla Marín fundamenta el derecho a la ocupación en el interés social de las instalaciones de telecomunicaciones. Afirma: "[...] lo que justifica o, en principio, debería justificar el régimen de limitaciones a la propiedad pública y privada que la legislación de telecomunicaciones establece 'en beneficio' de los operadores de telecomunicaciones es el hecho de que la instalación de redes públicas de telecomunicaciones es un simple instrumento necesario para la prestación, en régimen de competencia, de servicios de interés general [...]. De hecho, y al margen de las críticas que haya podido hacerse en relación con el mantenimiento de estos conceptos, el 'interés social' se identifica con 'cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario distinto de las obras y los servicios públicos'. Nada hay, pues, en mi opinión, que oponer al hecho de que una ley considere de interés general una actividad y otorgue a los sujetos privados que la desarrollen la condición legal de beneficiarios, ya que, al fin y al cabo, la figura del beneficiario, distinto de la Administración expropiante y del concesionario, será siempre, y por definición, un sujeto privado que realiza una actividad no calificada como servicio público. Dicho todo ello, desde el punto de vista de la seguridad jurídica de las garantías del expropiado, las cosas serían mucho más claras si en la LGTC hubiera un precepto similar a los artículos 52 y 103 de la Ley del sector eléctrico y del sector de hidrocarburos, respectivamente, donde se dijese que se declaran de utilidad pública las instalaciones de redes públicas de telecomunicaciones. No obstante, la falta de este precepto no es, en mi opinión, motivo suficiente para dudar de la cobertura que el concepto 'servicio de interés general con obligaciones de servicio público' puede otorgar al régimen de limitaciones a la propiedad que establecen los artículos 43 a 47 de la Ley general de telecomunicaciones a favor de ciertos operadores de telecomunicaciones." (CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Telecomunicaciones: Estudios sobre dominio público y propiedad privada*. Madrid: Marcial Pons, 2000. Páginas 97 y 98.)

11. García de Enterría y De la Quadra Salcedo advierten, también en el sector de las telecomunicaciones, de las dificultades para justificar el beneficio de la expropiación y de la ocupación del dominio público atribuido a los titulares de licencias individuales, en el hecho de que éstos deban asumir obligaciones de servicio público. Afirman que "la tensión entre los derechos

Tampoco existe un desarrollo normativo homogéneo para resolver las nuevas cuestiones planteadas. Así se advierte respecto de la garantía de la competencia, que puede conseguirse de maneras distintas, si no alternativas sí complementarias. A este respecto, nuestra legislación ha desarrollado con gran precisión el derecho a la ocupación del dominio público y a ser beneficiario de la expropiación y muy poco el deber/derecho a la compartición de infraestructuras e instalaciones, técnica que también sirve para abrir el mercado a la competencia.

La incertidumbre sobre el régimen jurídico de las empresas que actúan en sectores que habían sido monopolios se proyecta también sobre la competencia, la forma y la clase de norma que debe proceder a transponer al ordenamiento interno las directivas comunitarias. Así, por ejemplo, las normas sectoriales han traspuesto las directivas comunitarias en lo relativo a la compartición de espacios físicos e instalaciones emplazadas en el dominio público municipal sin atender, ni poderlo hacer el Estado por falta de competencia, los aspectos medioambientales y urbanísticos que se justifican en el derecho comunitario, conjuntamente con la posibilidad de acceso a redes, el derecho/deber de los operadores de telecomunicaciones a compartir infraestructuras o redes.

de los propietarios y los intereses de los operadores plantea un delicado problema, especialmente si se enfatiza demasiado el mercado y la libre competencia para marcar distancias con el servicio público". Entienden que "entonces bien puede ocurrir —como en la regulación en parte ha ocurrido— que no se ha encontrado otro modo de explicar la eventual prevalencia de los intereses de los operadores sobre los de los propietarios, que identificando unas las obligaciones de servicio público en determinados operadores". Y concluyen que "con ello se prescinde de la actividad misma como tal y en su conjunto, sea quien sea el operador que lo desarrolle; lo relevante ahora sería que el operador tenga obligaciones de servicio público". Al actuar el legislador de este modo carecería de valor, a los efectos de otorgar estos beneficios, la condición de servicios esenciales que atribuye a las telecomunicaciones, en su conjunto, el artículo 2 de la LGTc (argumentación que pone sobre la mesa que la actividad del sector en su conjunto se presta en condiciones de competencia y que integra muchas más actividades y prestaciones que las que circunscriben al ámbito con las obligaciones de servicio público). Por todo ello, García Enterría y De la Quadra Salcedo dirigen su atención a argumentar que el fundamento de aquellos beneficios pudiera ser garantizar la competencia. La cuestión radica en que resulta dudoso que la competencia sea uno de los supuestos de interés público que satisface las exigencias del artículo 33 de la CE. "Afirmar que el establecimiento de la competencia (en cuanto se conecte con la necesidad de ocupar el dominio público —mediante concesión o autorización— o privado —mediante expropiación—) es una cuestión de interés público y, por tanto, legitimadora del sacrificio de los derechos de los propietarios que no deja de plantear una curiosa paradoja. En efecto, la propiedad, y en especial la más característica de todas ellas, la propiedad inmobiliaria o fundiaria —institución fundamental en un Estado de derecho, garantía de la libertad individual y fundamento de la libre iniciativa personal—, quedaría sometida, ella misma, a las exigencias de la libre iniciativa económica de los demás —primariamente abocada a la satisfacción de un interés particular y expresión de su derecho legítimo a obtener un lucro personal— en cuanto fuese necesaria para garantizar —secundariamente, al menos desde la perspectiva de los titulares de la libre iniciativa— una libre competencia que, en sí misma, sí sería de interés público. Claro que, naturalmente, puestos a someter un derecho como el de propiedad al interés público de la competencia, ello no deberá hacerse con independencia de ponderar si esa libre iniciativa de un operador privado es viable o indispensable, en

Esta no es una cuestión irrelevante en relación con la ocupación del dominio público municipal. Todo al contrario, una de las ordenanzas que examinamos, la del Ayuntamiento de Crevillente, al ser informada por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, ha puesto de manifiesto cómo la compartición es una cuestión insuficientemente resuelta por el legislador interno.

En el ámbito urbanístico, a los efectos de definición del concepto de suelo urbano, se establece un régimen unitario respecto de los servicios de agua y alcantarillado, y respecto del servicio de energía eléctrica. No se repara en las importantes diferencias en uno y otro caso. El suministro de agua y el servicio de alcantarillado son servicios públicos municipales en sentido estricto, y las redes de agua y alcantarillado, bienes de dominio público. El suministro de energía eléctrica es un servicio esencial que se presta en régimen de competencia, y las redes de suministro de energía eléctrica son patrimonio de las empresas distribuidoras. Su ámbito de negocio, al explotar la red, no se limita a distribuir energía eléctrica a tarifa, también cede su uso a las empresas comercializadoras de energía eléctrica a cambio de un precio y, a su vez, la existencia de la red les permite prestar servicios de telecomunicaciones¹² (para lo cual las compañías eléctricas han obtenido las oportu-

la concreta operación expropiatoria de que se tratase. Que la competencia sea del máximo interés no puede haber dificultad en admitirlo; y tal vez tampoco, aunque sea a efectos argumentales, que sea de interés público. Pero una cosa es el interés teórico de la competencia, en abstracto o en general, y otra que, cuando se trata de sacrificar un concreto derecho de propiedad, la específica necesidad que se invoca por un operador para ocupar o expropiar una determinada finca, haya de reputarse de interés público porque el tal operador lo quiere, aun cuando el mercado está saturado de operadores o sin que resulte evidente el porqué de elegir esa determinada finca."

Es ilustrativa la reflexión que realizan: "Desde de una perspectiva del mercado, los errores de un operador en la selección del lugar por donde quiere establecer sus redes, se corregirán por el propio mercado expulsando del mismo a los operadores ineficientes. Ahora bien, en la perspectiva del particular que se puede ver sometido a un procedimiento expropiatorio no le sirve de consuelo que les diga que si el trazado de la red es absurdo o ineficiente no ha de preocuparse, pues el mercado ya expulsará del mismo al beneficiario de la expropiación. Al expropiado, al que puede no pensarse suficientemente la indemnización que se le dé, le resulta indiferente saber que los errores del beneficiario los pueda acabar pagando caros con su expulsión del mercado; lo que él querrá saber es si es real e inmediatamente necesario que a él le priven de su propiedad. A esos efectos, se puede resistir a admitir que sea suficiente la invocación general de las indudables bondades generales de la competencia; lo que querrá saber es si realmente es efectivamente necesaria o indispensable la privación de su derecho en beneficio del operador." (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*, Madrid, 1999, páginas 321 y 322 y nota número 7 de la página 322.)

12. Las operadoras de telecomunicaciones titulares de la licencia B2 y C2 tienen derecho al establecimiento de una red pública de telecomunicaciones. También los titulares de concesiones de servicio público de telecomunicaciones por cable otorgadas al amparo de la legislación anterior a la LGTc y los operadores de los servicios prestados en red previstos en la disposición adicional sexta de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Esta disposición adicional sexta establece que "todos los operadores, debidamente habilitados, que instalen redes de tele-

tunas autorizaciones y han realizado alianzas empresariales).

Las determinaciones que deben ser desarrolladas por el planeamiento urbanístico no son uniformes para la red de energía eléctrica y la del suministro de gas por canalización o la de los servicios de telecomunicación. La red de suministro de energía eléctrica siempre debe existir y debe preverse por el planeamiento; las de gas y telecomunicaciones es posible preverlas, pero no es una determinación obligatoria de los planes.

3. Urbanismo e infraestructuras de suministro

3.1. Las infraestructuras como costes de urbanización

El urbanismo debe posibilitar el desarrollo de las redes de servicios públicos y de servicios de interés general, para lo cual debe coordinarse la planificación sectorial y la urbanística, y arbitrarse normas de resolución de conflictos entre las previsiones de una y otra. Sin embargo, el modelo de ciudad y de desarrollo económico y de integración social, que resulta de una determinada ordenación del territorio, puede exigir establecer sistemas e infraestructuras de redes diversas según sea, en cada caso, el modelo que se pretende para ese determinado ámbito territorial. De acuerdo con las finalidades del ordenamiento urbanístico (garantizar una utilización racional del territorio, la calidad de vida, el desarrollo económico y el derecho a la vivienda), ni siquiera debe existir una relación inmediata y excluyente entre clasificación de suelo urbano y solar y la existencia de redes e infraestructuras de los servicios públicos calificados legalmente como tales (que tan sólo constituirán el mínimo de servicios exigible).

En este punto se produce en la interpretación de la legislación urbanística una clara confusión. La regulación de la imputación final de los costes de urbanización no es una cuestión que deba resolver el urbanismo. La legislación urbanística exige un determinado nivel de infraestructuras para que un concreto ámbito territorial pueda ser transformado urbanísticamente, es

decir, sometido a usos distintos a los agrarios y de carácter intensivo. La legislación urbanística puede exigir al propietario, al promotor, al agente que obtiene el beneficio de la transformación del territorio, que costee determinados servicios y el nivel que se exige para cada uno de ellos. Una vez existen y han sido costeados por quien la legislación urbanística haya establecido será posible proceder ya a la transformación urbanística y a patrimonializar el aprovechamiento urbanístico; cuestión distinta es quién sea y quién pueda ser el propietario de esas redes. Esto dependerá de la legislación sectorial y de la naturaleza jurídica de esas redes e infraestructuras, que deberán cederse gratuitamente o a cambio de un precio o quizás podrá mantenerlas como de su propiedad quien las ha costeado (piénsese, en qué determinadas agrupaciones de constructores y promotores, públicos o privados, se constituyeran en empresa de distribución eléctrica y cedieran a esta empresa distribuidora todas las obras de infraestructura eléctrica que costean en su actividad como promotores o obtuvieran una licencia individual para ser titular de redes de telecomunicaciones e hicieran la misma operación).

Son cuestiones jurídicas distintas, y a resolver por bloques normativos distintos, los requisitos para poder patrimonializar el aprovechamiento urbanístico y la titularidad y la imputación del coste final de las redes que permiten realizar actividades de prestación de servicios. En un caso, son actividades comerciales sin otra singularidad que prestarse por una red que puede constituir un monopolio natural o no (y que no necesariamente ocupa el dominio público local, sino el radioléctrico, como sucede con la telefonía móvil). En otro, son servicios públicos en sentido estricto que se prestan por las administraciones públicas o sus concesionarios o obligaciones de servicio público que se prestan en régimen de competencia.

3.2. La regulación del subsuelo

La doctrina civil siempre se ha ocupado de hasta dónde llegan las facultades del propietario del suelo.¹³ La doc-

comunicaciones o que presten servicios de telecomunicaciones tendrán, a estos efectos, los mismos derechos en relación con la ocupación del dominio público o la propiedad privada, en los términos establecidos en la ley general de telecomunicaciones y en sus normas de desarrollo, con independencia de que realicen cualquier otra actividad adicional". En palabras de Chinchilla Marín, esta ley, aprobada sólo unos meses después que la LGTc, establece que los operadores de los sectores del agua, la energía y los transportes que obtengan la correspondiente licencia al amparo de la LGTc, tienen los mismos derechos a la ocupación de propiedades públicas y privadas, y en los mismos términos, que la LGTc atribuye a los operadores de telecomunicaciones titulares de las licencias individuales B y C, esto es, las licencias que habilitan para instalar o explotar una red pública de telecomunicaciones. La inclusión de la disposición adicional sexta en la Ley 48/1998, de contratación de los sectores excluidos, tuvo como finalidad dejar claro que los operadores de estos sectores, para poder establecer una red públi-

ca de telecomunicaciones, tenían que disponer del mismo título habilitante que los operadores de telecomunicaciones. La Comisión del Mercado Telecomunicaciones se pronunció sobre este aspecto en el acuerdo adoptado el 4 de marzo de 1999, en el que concluye que al margen de lo que diga la LRSE, el ejercicio por los operadores de los sectores excluidos del derecho a la ocupación del dominio público y privado para instalar líneas y equipos de telecomunicaciones para servicios de telecomunicaciones queda condicionado a la obtención de la licencia individual de las contempladas en artículo 43 de la LGTc". (CHINCHILLA MARÍN, Carmen. Telecomunicaciones: Estudios sobre dominio público y propiedad privada. Madrid: Marcial Pons, 2000. Páginas 108 a 113.)

13. El artículo 350 del Código civil establece, como es sabido, que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella. La determinación de las facultades dominicales del propietario del suelo, en relación con lo que está debajo de la superficie, ha sido desde siempre

trina administrativista y la jurisdicción contenciosa administrativa han examinado la propiedad del subsuelo en los conflictos derivados de explotaciones mineras, de expropiaciones de terrenos y al determinar el alcance de la regulación urbanística del derecho de uso y edificación. Nieto García sostiene, ya en el año 1961, una opinión actualmente aceptada: el propietario del suelo únicamente extiende su dominio a los volúmenes subterráneos que tiene debajo, a los que tiene acceso desde el suelo, incluyendo el perímetro de protección de sus intereses.¹⁴ Esta opinión fue precisada por Fernández Rodríguez, que distingue entre yacimientos mineros y hídricos del subsuelo y el subsuelo en general, en el sentido que los primeros son bienes de dominio público y los segundos bienes patrimoniales del Estado que, por tratarse de *res nullius*, no son apropiables por el propietario del suelo. Este autor añade a lo anterior, y concluye, que es el planeamiento urbanístico el que establece, respecto del derecho de propiedad, los límites del vuelo y el subsuelo: la extensión del derecho de propiedad por arriba o por abajo se extiende hasta donde el planeamiento lo permite.¹⁵ Esta opinión ya es comúnmente aceptada por nuestro ordenamiento urbanístico, que define la actividad urbanística como la función pública de ordenación y control de la ocupación, la utilización, la transformación, la edificación y la rehabilitación del suelo, el subsuelo y el vuelo.¹⁶ La LOTCan, la LOTCMancha y la LSEx incorporan al texto legal (como anexo la primera y como disposición preliminar las otras dos) la definición de los conceptos fundamentales utilizados por la ley. En lo relativo al suelo lo definen como “el recurso natural tierra o terreno utili-

zado para el aprovechamiento urbanístico *comprendido siempre, junto con la superficie, del vuelo y el subsuelo precisos para realizar dicho aprovechamiento. Cuando el instrumento de ordenación no precise el subsuelo que corresponda al aprovechamiento urbanístico, dicho subsuelo se presume público*”. Esta última precisión reafirma que es el planeamiento el que define el alcance del derecho del propietario sobre el subsuelo, aunque la formulación puede inducir a confusión. Creemos que en nuestro ordenamiento el subsuelo no ordenado por el planeamiento no es susceptible de apropiación por el propietario del suelo (que no es exactamente lo mismo que afirmar que es público, término confuso si se proyecta sobre el derecho de propiedad).

La legislación urbanística acredita, sin duda, que el uso y la utilización del subsuelo es actividad urbanística, y que el planeamiento ha de establecer las posibilidades de uso y edificación en el subsuelo susceptible de apropiación privada y en el subsuelo de los terrenos que tienen la condición de dominio público (estableciendo ese contenido para las distintas zonas y los distintos sistemas). La conclusión es que, prevean o no las leyes urbanísticas de forma expresa para los distintos planes determinaciones para ordenar el subsuelo,¹⁷ esta ordenación siempre es posible una vez esas leyes han incluido en la actividad urbanística la utilización y la transformación del subsuelo.

En este punto, la regulación de las ordenanzas de Crevillente y de Madrid que establecen galerías de servicios de titularidad municipal que pueden y deben compartir, en uno y otro caso, los concesionarios y los operadores licenciatarios y la regulación de la ordenan-

un motivo de discusión doctrinal y jurisprudencial. La primera resolución que citan las obras doctrinales sobre el tema es la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1906, que niega al propietario del suelo el dominio sobre la zona subterránea ocupada por el túnel construido por una empresa concesionaria de ferrocarriles. Esta sentencia se fundamenta en el artículo 5 del Decreto ley de minas de 29 diciembre de 1868, vigente entonces, según el cual el corpus inherente a la propiedad del suelo alcanza hasta donde haya llegado el trabajo del propietario, ya sea por el cultivo, ya sea por el solar, ya sea por la cimentación, o por cualquier otro objeto distinto a la minería. Pérez Cánovas (PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. “*Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza*”, en *Revista crítica del derecho inmobiliario*, 1988, pág. 756), afirma que la ley considera a los yacimientos mineros y las aguas subterráneas bienes autónomos, distintos del terreno que conforma el suelo y el subsuelo que recubre. Esta disociación ha sido creada por la ley, que le otorga el carácter de bien de dominio público distinto del de dominio privado. Concluye: “Hay dos propiedades distintas, sólo disociadas o separadas jurídicamente por razón de la naturaleza los bienes.”

14. NIETO GARCÍA, Alejandro. “*Aguas subterráneas: Subsuelo árido y subsuelo hídrico*”, en RAP, número 56, 1961.

15. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “*La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo*”, en RAP, número 141, 1995, páginas 592 y 593.

16. La legislación urbanística vigente incorpora el concepto de subsuelo en la definición de la actividad urbanística. La LRSPast señala en su artículo 1, apartado 2, que se entiende por actividad urbanística “la que tiene por objeto la organización, la dirección y el control de la ocupación y la utilización del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, su transformación mediante

la urbanización, la edificación y la rehabilitación del patrimonio inmobiliario, así como la protección de la legalidad urbanística y el régimen sancionador”. La LOUGal, en su artículo 2, repite idéntica fórmula que la del Principado de Asturias para definir la actividad urbanística. La misma técnica utiliza la LUCLeon, que en su artículo 2 establece que la actividad urbanística es la función pública que tiene por objeto la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, y en especial su urbanización y edificación. El artículo 1 de la LUCat señala que el urbanismo es la función pública que abarca la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, el subsuelo y el vuelo, su urbanización y edificación, y la regulación del uso, la conservación y la rehabilitación de las obras, los edificios y las instalaciones. El artículo 2, apartado 1, 2.º párrafo de la LSMad, establece que a los efectos de la ordenación urbanística del suelo se entiende comprendida la superficie del terreno, así como el vuelo y el subsuelo, tanto en su estado natural y transformado. La LSMur incorpora a la ordenación del subsuelo al establecer que la competencia en materia de planeamiento incluye, entre otras, la de regular el uso del suelo, el subsuelo y la edificación. La LUCVal señala que la actividad urbanística tiene por objeto la ordenación, la transformación y el control de la utilización del suelo, incluidos su suelo y vuelo.

17. La LUCat presta una especial atención al subsuelo, al que ya hace referencia a en la exposición de motivos. La ley destina el artículo 39 a regular sus usos y establece en el artículo 67 la posibilidad de planes especiales específicos para cumplir esa finalidad, además de prever, como determinación del planeamiento general y del planeamiento parcial de la ordenación del uso del subsuelo.

za de Barcelona que prevé la posibilidad de aprobar planes especiales de ordenación del subsuelo, abren la puerta a las distintas posibilidades que tendrán los municipios.

Los municipios pueden establecer esa ordenación del subsuelo a través de planes urbanísticos o a través de ordenanzas de urbanización si la legislación urbanística las habilita para establecer esa ordenación.¹⁸

Por este motivo, entendemos errónea la posición de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, cuando afirma que las operadoras tienen derecho a establecer sus redes en el dominio público, sin que pueda imponerseles la utilización obligatoria de las galerías de servicios y de las conducciones, salvo que se cumplan los requisitos previstos en la LGTc en materia de compartición. Desde la perspectiva del derecho a transformar el subsuelo, derecho distinto al de la ocupación del dominio público otorgado por la legislación de telecomunicación, la cuestión es clara. Si la canalización o la galería de servicio está prevista en un plan urbanístico como la única infraestructura, o en una ordenanza de urbanización que la legislación urbanística habilite para regular el uso del subsuelo, no cabe una ocupación del subsuelo contraria a esa determinación al amparo del derecho a ocupar el dominio público.

Los supuestos legales en que no se puede aplicar un plan urbanístico son dos: las obras de interés general exoneradas por el legislador de obtener licencia urbanística y amparadas en planes o proyectos dotados de ejecutividad al margen del planeamiento (legislación de carreteras, puertos, aeropuertos u obras hidráulicas) o las obras urgentes o excepcionales de interés público que el Consejo de Ministros o el Gobierno de la comunidad autónoma puede decidir si se realiza la obra o se modifica el plan (artículo 244 de la Ley del suelo de 1992 y preceptos de la legislación urbanística autonómica equivalentes).

Si existe una única infraestructura por decisión del planeamiento, es indiferente, a los efectos de estar obligadas las empresas suministradoras a su utilización, si el municipio titular gestiona su explotación a través de un concesionario o de forma directa con personalidad diferenciada o no. En definitiva, al margen de la licencia de ocupación del dominio público, la empresa necesita licencia urbanística para realizar la obra en el dominio público, que deberá denegarse si el plan prevé una única infraestructura, por carecer la operadora del derecho a transformar el subsuelo.

Todo lo anterior lo argumentamos sabedores que la legislación autonómica afronta la regulación de manera

diversa. En materia de planificación de infraestructuras y redes, la legislación estatal (ahora supletoria) en relación con las determinaciones del planeamiento urbanístico ha venido estableciendo una cláusula abierta que permite al titular de la competencia de aprobación del planeamiento contemplar otros servicios distintos a los mínimos obligados (acceso viario, suministro de agua y de energía eléctrica y alcantarillado). La legislación autonómica sigue con carácter general este criterio.

4. Servicio público y dominio público en las actividades liberalizadas

Las redes de infraestructuras de electricidad, gas y telecomunicaciones se integran en sectores que han sido objeto en tiempos relativamente recientes de una nueva regulación que inyecta mercado y competencia por imperativo de las políticas y las normas comunitarias. Con anterioridad a estos cambios legislativos, las empresas concesionarias de los servicios de electricidad y gas y la compañía telefónica (CTNE), juntamente con las empresas suministradoras de agua y las que prestaban el servicio municipal de alcantarillado, protagonizaron la ocupación del subsuelo y el vuelo del dominio público municipal afecto al uso público, que comprende la red viaria, la de caminos y los espacios libres y las zonas verdes. Los problemas, sin entrar en los relativos a la fiscalidad y en general a los de índole económica, fueron múltiples. A título enunciativo: el soterramiento de las líneas telefónicas y eléctricas; la relación entre la planificación sectorial de la extensión de redes y acometidas y la planificación urbanística y las ordenanzas municipales; la vinculación de actividad de los municipios por las autorizaciones sectoriales; la naturaleza jurídica de la ocupación, el uso común especial o el uso privativo, el uso normal o anormal; el control de la ocupación del dominio por autorización o el otorgamiento de un derecho real administrativo sobre el dominio público a través de concesión; la programación y la coordinación de la actuación de las compañías para evitar las constantes molestias y las afectaciones del uso común general, y la construcción de galerías de servicios de titularidad municipal y los problemas de carácter técnico.

A las cuestiones relacionadas, algunas de las cuales siguen sin resolverse, la liberalización de los sectores de la energía y de las telecomunicaciones ha añadido de nuevas y ha alterado las reglas para resolver las viejas cuestiones. En el nuevo marco normativo, la utilización del dominio público municipal afecto al uso público se realiza a través de redes indudablemente afectadas al

18. En la LRSPast (artículo 61), LOTCan (artículo 40), LOTCMancha (artículo 16) y LSEx (artículo 85) se establece que las ordenanzas municipales de urbanización tienen por objeto la regulación de todos los aspectos relativos

a la proyección, la ejecución material, la recepción y el mantenimiento de las obras y los servicios de urbanización y deben ajustarse a lo previsto en la legislación sectorial reguladora de los distintos servicios.

servicio público (como las de abastecimiento de agua y las de saneamiento, de dominio público, salvo supuestos aún excepcionales)¹⁹ y a través de redes de propiedad de empresas privadas autorizadas para prestar los servicios de suministro de energía y de telecomunicaciones que no tienen, en principio, carácter demanial ni están afectadas a la prestación de un servicio público en sentido estricto. Sin embargo, estas empresas privadas, cuando cuentan con la autorización exigida por la legislación sectorial, tienen derecho a ocupar el dominio público municipal con un régimen jurídico distinto en cada sector (electricidad, gas y telecomunicaciones).

El fundamento de la ocupación del dominio público municipal de uso público por las redes de las compañías de servicios, en los conceptos servicio público y dominio público, una vez se ha producido la liberalización de los servicios de suministro de energía y telecomunicaciones, es preciso volverlo a examinar, porque el régimen jurídico vigente presenta notables incertidumbres.

En palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra Salcedo, cuando se plantean el derecho de las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones a la ocupación del dominio público y a ser beneficiarias de la expropiación de los terrenos que se precise para extender la red, “[...] ocupación del dominio público, expropiación o imposición de servidumbre sobre dominio privado no son sino dos técnicas al servicio de un mismo fin: permitir el despliegue de unas infraestructuras soporte de servicios cuya utilidad pública estaba ínsita en la propia categoría el servicio público y ahora es preciso encontrar en un contexto de liberalización”.²⁰

La redefinición de la utilidad pública –o el interés social– de las actividades de suministro de energía o de prestación de servicios de telecomunicaciones, no puede pasarse por alto al ponderar las ordenanzas municipales que regulan el uso y la ocupación del dominio público municipal de uso general. En su examen debe tenerse presente la nueva formulación del concepto de servicio público en estos sectores. Exige también reflexionar respecto del derecho de ocupación del dominio público y establecer criterios que permitan determinar el alcance de las potestades del titular del

dominio público. De ello nos ocuparemos en los próximos apartados.

5. La protección por el municipio de las finalidades públicas que justifican la afectación al dominio público de los bienes municipales de uso general

Hay dos cuestiones que, aunque sobradamente conocidas, no queremos obviar. La primera es el papel central de la afectación como el punto de encuentro de las tesis opuestas sobre la naturaleza jurídica del dominio público (propiedad especial o potestad).²¹ Tal como señala Morillo-Velarde Pérez, “dentro del contexto doctrinal –el estudio del dominio público– en el que la discrepancia constituye la situación científica más habitual, sorprende encontrar la rara unanimidad de situar en la afectación la clave de la demanialidad”.²² Papel central de la afectación que tiene como consecuencia, aceptada pacíficamente, que al reposar toda la teoría del dominio público en el acto formal de afectación, en vez de utilizarse otros criterios objetivos, se ha producido una progresiva extensión de las pertenencias del dominio público.

La segunda, que el Tribunal Constitucional, en la doctrina elaborada al hilo de las controversias entre el Estado y las comunidades autónomas, se muestra contrario a una visión patrimonialista del dominio público, que podría justificar facultades de administración del titular al margen de las reglas constitucionales de distribución de competencias. El TC considera que “la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico jurídico privado” (STC 227/1988, de 29 de noviembre).

Estas consideraciones sobradamente conocidas permiten establecer un parámetro interpretativo claro: el dominio público municipal puede ser objeto de afectaciones diversas al uso general y la prestación de servicios públicos, pero el resultado de su utilización no puede conllevar el menoscabo de las finalidades públi-

19. Nos referimos a los supuestos de suministro de agua a través de empresas privadas que no tienen la condición de concesionarias del servicio, en municipios en los que el suministro no se ha reservado al sector público al amparo del artículo 86.3 de la LBRL.

20. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; DE LA CUADRA SALCEDO, Tomás. *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 1999. Página 319.

21. La conocida polémica sobre si el dominio público es una potestad pública y no un verdadero derecho dominical, o si es un derecho de propiedad atribuido al Estado, especial en razón de la finalidad pública de los bienes sobre los que recae, puede ser consultada en numerosa bibliografía. Entre otras, SÁNCHEZ-MORÓN, Miguel. *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Obra

colectiva dirigida por este autor. Tecnos, 1997. Páginas 21 a 29; CHINCHILLA MARIN, Carmen. *Bienes patrimoniales de Estado*. Madrid: Marcial Pons, 2001. Páginas 96 a 110; BARCELONA LLOP, Javier. *La utilización del dominio público por las administraciones: Las reservas demaniales*. Pamplona: Aranzadi, 1997. Páginas 119 a 142.

22. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. “El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del derecho público de los bienes: el dominio público de las cosas públicas”. En la obra colectiva *Infraestructuras ferroviarias del tercer milenio*. Coordinada por MONTORO CHINER, María Jesús, Barcelona: Cedecs, 1999.

cas que justifican su exclusión del tráfico jurídico privado y que son la causa de la atribución de potestades públicas en orden a establecer cuál sea el uso que se deba hacer de esos bienes.

La protección de estas finalidades otorga potestades al municipio para establecer condiciones a la ocupación, ordenarla y en su caso denegarla cuando resulten incompatibles con esas finalidades que fundamentan la afectación.²³

En este punto, es legítimo y acorde con el régimen del dominio público uno de los fundamentos de la ordenación en que coinciden las ordenanzas municipales reguladoras del uso y la ocupación del dominio público: garantizar el uso común general a que están destinados estos bienes (circulación y conectividad viaria, transporte público, circulación peatonal y convivencia y ocio ciudadano).

Sirva de ejemplo la Exposición de motivos de la ordenanza de Crevillente: “[...] Existe en el subsuelo una complicada urdimbre de tuberías de la red de agua potable, saneamiento, instalaciones de gas, electricidad, teléfono, telégrafos, a las que cabe incorporar otras tecnologías de telecomunicaciones, que piden su espacio, de ámbito cada vez más limitado. Todo ello exige un mínimo de orden, para regular las condiciones de esa

ocupación y el aprovechamiento del subsuelo, en pro de la seguridad ciudadana y con el fin de planificar la actuación de las distintas empresas y operadoras, en evitación del caos, en defensa del interés público municipal y para proteger el dominio público, del que es titular el Ayuntamiento [...]”

6. Servicio público y actividades de suministro que ocupan el dominio público municipal

6.1. El suministro de agua y la prestación del servicio de saneamiento

De la legislación local,²⁴ se desprende que la ocupación del dominio público local por las redes de suministro de agua y de alcantarillado y de sistemas de colectores, se realiza para poder prestar un servicio público municipal cuya forma de gestión puede ser cualquiera de las previstas legalmente y que, en el caso que sea una forma de gestión indirecta, la ocupación del dominio público vendrá establecida por el marco contractual de la gestión del servicio y en el de gestión directa con personificación jurídica diferenciada, por el marco estatutario del ente creado para prestar el servicio.²⁵ El régimen jurí-

23. Todo ello, sin perjuicio que de la incompatibilidad que impide atender simultáneamente intereses públicos diversos resulte la prevalencia de un interés público distinto al que justifica el carácter de bien demanial municipal y exija una mutación demanial (caso en el que la afectación al dominio público municipal se sustituye por la afectación al dominio público hidráulico o al que en cada caso corresponda).

24. El artículo 25 de la LBRL establece que el municipio ejercerá en todo caso competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en materia de suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de las aguas residuales. El artículo 26 establece que los municipios deberán prestar los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. Finalmente, el artículo 86, apartado 3, declara la reserva a favor de las entidades locales del abastecimiento y la depuración de aguas. Las previsiones de los artículos 25, 26 y 83 no son coincidentes. En relación con el abastecimiento de agua, el primero hace referencia al suministro de agua, el segundo, al abastecimiento domiciliario de agua, y el tercero, al abastecimiento de agua. Los tres conceptos se pueden diferenciar, pero, en cualquier caso, todos incluyen, como mínimo, el suministro a domicilio de agua, sin perjuicio que el abastecimiento de agua haga referencia a una realidad más amplia y compleja (en relación con el abastecimiento debe hacerse referencia a la captación del recurso, a la red básica y a la red secundaria), y el suministro puede referirse no sólo al abastecimiento a domicilio sino también al abastecimiento para otros usos. El saneamiento de aguas residuales comprende un conjunto de actividades realizadas con el objetivo final de despojar a las aguas residuales, en lo posible y antes de proceder a su vertido en un cauce público, del contenido contaminante. Dentro del saneamiento pueden diferenciarse dos fases, el saneamiento en baja y el saneamiento en alta. El saneamiento en baja incluiría el alcantarillado y los sistemas colectores (que conforman la obligación mínima municipal) y el saneamiento en alta, la depuración.

El artículo 25 de la LBRL, según la interpretación mayoritaria de la doctrina (sobre la cuestión hay una extensa literatura científica; por todos, ORTEGA ÁLVAREZ, *El régimen constitucional de las competencias locales*, Madrid: INAP, 1988, y “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, en el número extraordinario sobre la reforma del régimen local de la revista *Justicia administrativa*, 2000, y MIR BAGÓ, *El sistema español de competencias locales*, Madrid: Marcial Pons, 1991) establece la relación de las materias o asuntos en los que siempre y en todo caso está presente un interés

local, lo que obliga al legislador sectorial, estatal o autonómico, a otorgar al municipio las facultades sobre estas materias de acuerdo con “las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión”, expresiones y términos que aparecen en artículo 2.1 de la LBRL. Más aún, el criterio de atribución competencial debe respetar y acomodarse a las previsiones de la Carta Europea de la Autonomía Local.

La previsión establecida en el artículo 26 (de la que resulta, en lo que a nosotros nos ocupa, el carácter de servicio mínimo obligatorio del abastecimiento de agua a domicilio y del alcantarillado) comporta la atribución de competencias. Sirvan por todas la opinión de Lliset Borrell, cuando afirma que “aun cuando la ley no hable expresamente de potestades, éstas deben entenderse implícitas en la obligación de actuar (no mera posibilidad de actuar) que impone el ordenamiento por lo menos en lo que afecta al establecimiento, la organización y la prestación de los servicios legalmente aludidos” (LLISET BORRELL, *Manual de derecho local*, Madrid: 1985. Pág. 26), y la de Mir Bagó, “el objetivo de este precepto no es tanto definir competencias municipales como el de garantizar a los ciudadanos la prestación por lo ayuntamientos de un mínimo de servicios determinados, pero tal objetivo tiene como consecuencia la definición precisa y efectiva de competencias municipales” (MIR BAGÓ, *El sistema español de competencias locales*, Madrid: Marcial Pons, 1991. Página 311).

El artículo 86.3 de la LBRL, al permitir la declaración de reserva a favor del ente local, permite a su vez que de no realizarse los servicios se puedan prestar en régimen de libre concurrencia. Ello significa que si no se ha efectuado reserva los particulares pueden realizar actividades económicas de suministro de agua concurrente con el servicio público municipal. Se trata de actividades privadas que, en nuestra opinión, no pueden ser calificadas de servicio público, y que quedan sometidas a autorización administrativa tanto por la actividad como por el uso especial del dominio público por el que transcurre la red de suministro. Este último supuesto, sin ser común, es real en algunos municipios respecto de urbanizaciones en las que el suministro de agua a domicilio se presta por empresas distintas a la general que suministra el agua en el municipio y en supuestos en los que todo el municipio es abastecido por empresas titulares de concesiones hidráulicas que no son concesionarias municipales del suministro a domicilio.

25. Las competencias de los entes locales que derivan del artículo 26 de la LBRL permiten implantar el servicio público, determinar y establecer sus características, la forma de gestión, las obras, los bienes y las instalaciones

dico de las redes de abastecimiento de agua no planteará problemas jurídicos relevantes, salvo el relativo al tipo de uso y el tipo de autorización que corresponde otorgar para la ocupación del dominio público a las empresas privadas no concesionarias que suministran agua a domicilio.²⁶

Las redes y las infraestructuras de saneamiento y abastecimiento de agua, que no forman parte del servicio de abastecimiento de agua a domicilio y de alcantarillado (pueden no formar parte de estos servicios la infraestructura de captación del recurso y la red básica de abastecimiento de agua y las infraestructuras de depuración a las que se dirigen las aguas provenientes del alcantarillado y de los sistemas de colectores), quedan sometidas al régimen de las obras públicas hidráulicas establecido en la LA y en la legislación autonómica de desarrollo.²⁷ La definición de obras hidráulicas que lleva a cabo el artículo 122 del Texto refundido de la Ley de aguas incluye las infraestructuras de abastecimiento de agua y de saneamiento de aguas residuales. El régimen jurídico se inspira y coincide básicamente con el adoptado por distintas normas sectoriales para las obras públicas de interés general (puertos, aeropuertos, carreteras u ordenación de los ferrocarriles). Al adoptarse el criterio de obra pública, no estaremos en supuestos de ocupación del dominio público municipal, sino

necesarias para la prestación, el estudio económico financiero y, si procede, las tarifas a percibir de los usuarios (o el canon o la participación que ha de percibir el ente local y la compensación económica que deba satisfacer), el régimen estatutario de los usuarios y el reglamento del servicio.

26. La posibilidad o no de reserva establecida en el artículo 86.3 de la LBRL permite la concurrencia con el servicio público municipal de empresas que presten el suministro de agua. Aunque el artículo 26 de la LBRL establezca que el suministro de agua a domicilio es una obligación mínima municipal, es posible que el servicio no esté creado y que el suministro lo realice una empresa privada. En ambos casos, en nuestra opinión, la respuesta que deba darse depende de lo siguiente:

—Si se sostiene que el servicio de abastecimiento de agua es un ámbito de actuación económica excluido de la libre iniciativa privada, es decir, un ámbito de competencia exclusivamente pública en el que hay un monopolio legal a favor de los entes públicos; en los dos anteriores supuestos se trataría de la prestación del servicio público por un particular con el único título habilitante de la autorización administrativa de la actividad o, en su caso, del consentimiento tácito o de la tolerancia municipal.

—Si se sostiene, como creemos, que el servicio de abastecimiento de agua (si no ha sido objeto de declaración de prestación en régimen de monopolio a favor del ente local) es posible que exista como tal el servicio público creado por el ayuntamiento y que, simultáneamente, los particulares pueden realizar actividades económicas de suministro de agua concurrentes con el servicio público municipal. Se trata de una actividad privada que no puede ser calificada de servicio público y que debe obtener la autorización de la actividad y la autorización de la ocupación del dominio público.

La inexistencia de autorización de la actividad por parte del municipio y el consentimiento municipal de que se realice el abastecimiento por particular no comporta el nacimiento de un vínculo contractual que permita afirmar que la empresa realiza el suministro como gestora indirecta de un servicio público ni comporta tampoco el otorgamiento tácito de autorizaciones de la actividad o del uso especial del dominio público. Es conocida, y no merece la pena reiterarla, la doctrina jurisprudencial relativa a que la inactividad administrativa, el consentimiento tácito de la actividad, el abono de tasas o precios públicos o la tolerancia no pueden sustituir la falta de autorización.

27. El artículo 124 de la LA establece que son competencia de la Admi-

en el de bienes afectos al dominio público hidráulico, en los que se establecen infraestructuras de abastecimiento y de saneamiento.

6.2. El suministro de energía (electricidad y gas por canalización)

El sector eléctrico tiene como norma de cabecera la LRSE, y el sector de los hidrocarburos, del que a nosotros nos interesará la distribución y la comercialización de combustibles gaseosos por canalización, la LSH. El sector de la energía eléctrica y el de hidrocarburos se someten a un régimen jurídico coincidente sustancialmente pero que desarrolla un modelo conceptual y una realidad física y técnica distinta.²⁸

La legislación eléctrica tiene como fundamento garantizar el suministro de energía eléctrica en condiciones de calidad y al menor coste, que constituye un derecho subjetivo establecido legalmente en el artículo 10 de la LRSE: “Todos los consumidores tienen derecho al suministro de energía eléctrica, en el territorio nacional, en las condiciones de calidad y seguridad establecidas legalmente.” La LRSE distingue entre las actividades no reguladas (producción de energía eléctrica y comercialización) y las reguladas (gestión económica y técnica del sistema, transporte y distribución).

nistración General del Estado las obras hidráulicas de interés general de las confederaciones hidrográficas, las obras hidráulicas realizadas con cargo a sus fondos propios, en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado, y que el resto de las obras hidráulicas públicas son de competencia de las comunidades autónomas y de las entidades locales, de acuerdo con lo que dispongan sus respectivos estatutos de autonomía y sus leyes de desarrollo y la legislación de régimen local.

28. La Exposición de motivos de las normas de ordenación de cada sector explica esas diferencias. La de la LRSE afirma la esencialidad del suministro de energía eléctrica (“El suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad. Su precio es un factor decisivo de la competitividad de buena parte de nuestra economía.”) y la de la LSH, la importancia para la economía de los suministros de hidrocarburos (“[...] a diferencia del sector eléctrico, cuyos suministros son considerados de carácter esencial, los suministros del sector de hidrocarburos tienen una especial importancia para el desenvolvimiento de la vida económica que supone que el Estado debe velar por su seguridad y continuidad y justifica las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad que afectan a los productos petrolíferos y al gas.”). En lo relativo a la relación del suministro con la categoría servicio público, la Exposición de motivos de la LRSE afirmará: “La presente ley tiene, por consiguiente, como fin básico establecer la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección del medioambiente, aspecto que adquiere especial relevancia dadas las características de este sector económico [...]. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional.” El de la LSH señala: “La regulación del sector del gas trata de avanzar en la liberalización del sector [...] haciéndolo compatible con un desarrollo homogéneo y coherente del sistema gasista en todo el territorio nacional.”

La lógica de una y otra regulación es que en el sector eléctrico la red existe, y debe garantizarse el suministro con carácter universal en todo el territorio y, en el del gas por canalización, la red se ha de construir y desarrollar.

Entre las innovaciones más significativas establecidas por la LRSE destacan que la generación de energía eléctrica es una “actividad no regulada” que se desarrolla en régimen de libre competencia, que tiene la condición de servicio esencial en cuanto a que su funcionamiento no puede impedir o dificultar la prestación del servicio público universal (el derecho legalmente reconocido al consumidor de disponer de suministro);²⁹ que la gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas,³⁰ y que la comercialización es una actividad que puede ejercerse libremente.³¹

La LSH no incorpora un precepto equivalente al artículo 10 de la LRSE. Establece como obligación de servi-

cio público, en el caso de los productos derivados del petróleo, no la garantía universal del suministro (el artículo 49 establece que todos los consumidores tendrán derecho al suministro de los productos derivados del petróleo en las condiciones previstas en la ley) sino el mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad de los productos derivados del petróleo (artículos 50 y 51). En el caso concreto de gases combustibles por canalización, la obligación de suministro es exigible en el ámbito de la concreta autorización y en los términos que ésta establezca.³²

Las redes de distribución de energía eléctrica y de gas canalizado están afectas a la prestación del servicio público universal (el suministro a tarifa), pero no es la única

29. La liberalización del mercado en lo relativo a la generación de energía es uno de los elementos sustanciales de cambio de la LRSC.

En el apartado primero del artículo 11 de la LRSE se establece de forma expresa que la producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia basado en un sistema de ofertas de energía eléctrica realizadas por los productores y en un sistema de demandas formuladas por los consumidores que ostenten la condición de cualificados, los distribuidores y los comercializadores que se determinen reglamentariamente.

La ley establece, por tanto, que una concreta actividad en el ciclo que finaliza con el suministro de energía eléctrica al consumidor, concretamente la generación, es un servicio esencial en cuanto que su funcionamiento no puede dificultar o impedir la prestación del servicio público universal (el concreto suministro al consumidor que lo demanda en el territorio nacional, al que legalmente tiene derecho), pero se prestará en régimen de libre competencia.

Para comprender el alcance de la liberalización en la fase de generación de energía eléctrica ha de hacerse una breve referencia a los preceptos que completan el régimen jurídico de la generación de energía eléctrica. El artículo 21, apartado 1, establece que la construcción, la explotación, la modificación sustancial y el cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica estarán sometidos al régimen de autorización administrativa previa de carácter reglado. El artículo 23 establece la libertad de acceso al mercado mayorista mediante la presentación de ofertas económicas de venta a través del operador del mercado cuando no se hayan acogido al sistema de contratación bilateral. El artículo 26, apartado 1, párrafo d), permite acceder a la red al reconocer el derecho de despachar su energía a través del operador del sistema. Asimismo el párrafo f) del mismo precepto establece la libertad de contratación y la formación competitiva de los precios, al reconocer el derecho a contratar la venta de energía eléctrica en los términos previstos en la ley (contratos a través del *pool*, artículo 24.2, y contratos bilaterales con los consumidores cualificados y los restantes sujetos cualificados, en especial los comercializadores). Y finalmente, para comprender la afirmación relativa a que actúan en régimen de libre competencia, debemos referirnos a la retribución a través de precios, y no de costes o estándares objetivos estimados, en los términos previstos en el artículo 16, apartado 1.

30. Del análisis del artículo 11, que permite establecer que la producción de energía eléctrica se desarrolla en régimen de libre competencia, se desprende la distinción entre actividades reguladas y no reguladas. El apartado 2 establece que la gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y funcionamiento se ajustará a lo previsto en la ley (estableciéndose de manera expresa que debe garantizarse el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución).

La gestión económica y técnica permite el acceso de los generadores de energía a la red y la adquisición y la compra de dicha energía por parte de los clientes cualificados (que pueden adquirir directamente la energía del generador), los distribuidores (que garantizan el servicio universal mediante el suministro a tarifa) y los comercializadores (que pueden suministrar energía a los consumidores cualificados a precios pactados y para lo cual tienen reconocido el acceso a la red de los distribuidores).

El transporte se refiere a la actividad de circulación de energía por la red de alta tensión, y comporta la titularidad de dicha red y de sus infraestructuras.

La distribución, que exige la existencia y la titularidad por parte de las empresas de distribución de una red eléctrica de conexión entre la red de alta y la que permite el suministro al consumidor, es la actividad que consiste en la construcción y la explotación de dicha red, y, además, el suministro a los usuarios a tarifa.

Estas actividades se definen como reguladas y coinciden objetivamente con los dos elementos fundamentales que condicionan la libertad de competencia en el sector, a saber, el monopolio natural en que necesariamente se convierte una parte sustancial de la red eléctrica (todo ello sin perjuicio de la existencia de redes eléctricas de conexión directa entre generadores y consumidores cualificados previstas en el artículo 41 de la Ley 5471997) y el servicio público universal de suministro de energía eléctrica que garantizan las empresas distribuidoras mediante el suministro a tarifa.

31. El apartado 3 del artículo 11 de la Ley 54/1997, del sector eléctrico, establece que la comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la presente ley, y que su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes.

Este artículo establece otra de las novedades más significativas de la nueva legislación, respecto de la Ley de ordenación del sector eléctrico nacional de 1994, como es la diferenciación de dos segmentos del mercado: el segmento de consumidores a tarifa, atendidos por las correspondientes empresas distribuidoras, y el segmento de consumidores acogidos a la condición de cualificados, atendidos por las comercializadoras (artículo 44, apartado 1, de la ley de 1997).

Los consumidores cualificados pueden elegir la adquisición de sus suministros por ambas vías: ya sea a través de su distribuidora (sería un suministro a tarifa), ya sea a través de comercializadora o directamente del mercado mayorista (sería un suministro a precio pactado).

Las empresas comercializadoras se definen en el artículo 9, apartado 1 párrafo h), como “aquellas personas jurídicas que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores que tengan la condición de cualificados o a otros sujetos del sistema”. La actividad de comercialización es una actividad libre y como tal se somete a la obtención de autorización administrativa de carácter reglado, tal como establece el artículo 44, apartado 2.

El diferente régimen de suministro a tarifa y de suministro a precios libres se instrumenta exigiendo la separación jurídica de ambas actividades (permitiendo grupos), de modo que unos, los distribuidores, ejercen la actividad de distribución en sentido estricto, y el suministro a clientes a tarifa; pero no pueden ejercer directamente la actividad de comercialización a clientes acogidos a su condición de cualificados; y otros, los comercializadores, ejercen la actividad de comercialización, pero no pueden llevar a cabo el suministro a clientes a tarifa.

32. Artículo 57. Garantía del suministro: el suministro de combustibles gaseosos por canalización se realizará a todos los consumidores que lo demanden, comprendidos en las áreas geográficas pertenecientes al ámbito de la correspondiente autorización y en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, previa consulta a las comunidades autónomas.

utilidad económica que tiene para las compañías. Ya lo dijimos, las redes de suministro son patrimonio privado de las empresas privadas autorizadas para distribuir energía eléctrica a tarifa, ceder el uso de la red a comercializadoras a cambio de un precio y prestar servicios de telecomunicaciones.

6.3. La prestación de servicios de telecomunicaciones

El sector de las telecomunicaciones tiene como norma de cabecera la LGTc. Esta norma cierra un largo proceso que debe enmarcarse en la política comunitaria europea de las telecomunicaciones.³³ El artículo 2 de la LGTc establece que las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia y que sólo serán servicios públicos y tendrán el carácter de obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 5 y en el título III. El anexo de definiciones de la LGTc establece que los servicios de telecomunicaciones consisten en la actividad, en su totalidad o en parte, de transmisión y conducción de señales por las redes de telecomunicaciones, con excepción de la radiodifusión y la televisión.

La mayoría de la doctrina considera que en el sector de las telecomunicaciones el servicio público entendido como actividad de contenido prestacional sigue existiendo, lo que sucede es que la exigencia de servicio público no se proyecta sobre todos los servicios de telecomunicaciones y, cuando la legislación lo hace, para algunos de ellos cambia radicalmente la forma de la prestación (inyecta mercado y competencia). Los servicios de telecomunicaciones respecto de los que se debe garantizar su prestación a todos los ciudadanos, o su prestación en determinadas condiciones para garantizar el interés público, se lleva a cabo bien directamente por la Administración o sus concesionarios, bien en régimen de libre competencia mediante empresas a las que se exige obtener previamente una licencia individual que tiene muchos aspectos en común con la concesión.³⁴

Es importante discriminar, por tanto, al hilo del artículo 2 de la LGTc las telecomunicaciones que son servicios

de interés general y las que merecen el calificativo de servicios públicos y obligaciones de servicio público.

Las telecomunicaciones que según la ley siguen teniendo la consideración de servicios públicos en el sentido clásico, es decir, que se prestan directamente por entes públicos o por gestión indirecta, son:³⁵ a) la radio y la televisión, cuya regulación está expresamente excluida del ámbito de aplicación de la ley general de telecomunicaciones; b) los servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional, los servicios de télex, los telegráficos y aquellos otros de características similares que comporten acreditación del carácter fehaciente del contenido del mensaje remitido al de su remisión o recepción;³⁶ c) los servicios de seguridad de la vida humana en el mar,³⁷ y d) los servicios que afecten a la seguridad de las personas, la seguridad pública y la protección civil, que el Gobierno declare incluidos en la categoría de servicios obligatorios a prestar por las administraciones públicas.³⁸

Las obligaciones de servicio público se definen en el título III y pueden clasificarse en obligaciones de servicio público y obligaciones de carácter público (sin ponderar el régimen de interconexión y de acceso a las redes que tiene su regulación específica en los artículos 22 a 29 de la LGTc). Las obligaciones de servicio público consisten siempre en prestar un servicio al público, y las obligaciones de carácter público no tienen contenido prestacional e integran las obligaciones que se derivan del reconocimiento del derecho genérico a ocupar el dominio público y privado y las obligaciones relativas al deber de garantizar el secreto de las comunicaciones, la protección de datos de carácter personal y el cifrado. Las obligaciones de servicio público se imponen a los titulares de los servicios de telecomunicaciones y a los titulares de redes públicas de telecomunicación, y las obligaciones de carácter público no sólo obligan a los operadores sino también a las administraciones públicas y a los particulares titulares de los bienes que serán ocupados.

El artículo 36 de la LGTc establece tres categorías de obligaciones de servicio público: el servicio universal

33. Cuyo examen excede del objeto de este trabajo y que puede consultarse en diversas obras y monografías. Una síntesis, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado II. Las telecomunicaciones*, Madrid, 1998, páginas 49 a 136.

34. Chinchilla Marín, señala que no son pocas las remisiones que la LGTc hace a la regulación del contrato de gestión de servicio público o a la legislación de contratos de las administraciones públicas en general, y cita como ejemplo los artículos 19.2, 3 y 4; 21.2; 35.3, y 62. Asimismo, se hace eco de las palabras de García de Enterría y De la Quadra Salcedo, que afirman que "la similitud de las licencias, máxime cuando su número esté limitado, con las concesiones de servicio público, resulta verdaderamente notable". CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Telecomunicaciones: Estudios sobre dominio público y propiedad privada*. Madrid: Marcial Pons, 2000. Nota número 3 de la página 95.

35. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*. Coordinado por GARCÍA DE ENTERRÍA y DE LA QUADRA SALCEDO,

Madrid: Civitas, 1999, página 272.

36. Artículo 40.2.a) y disposición transitoria novena, apartado 1 de la LGTc, y artículo 38 del Reglamento del servicio universal de telecomunicaciones, aprobado por el Real decreto 1736/1998.

37. La gestión se encomienda a la Dirección General de Marina Mercante, aunque transitoriamente –durante un período de cuatro años– la Dirección General lo prestará a través de la entidad que hasta ahora lo venía prestando, es decir, a través de Telefónica, que, en virtud de lo establecido en la cláusula 3.4 de su contrato, presta el servicio móvil marítimo radiotelegráfico [artículo 40.2 a), disposición transitoria novena, apartado 2 de la LGTc].

38. Establecidos en el artículo 40.2.a) y 4 de la LGTc, entre los que cabe destacar el servicio de llamadas de urgencia a través del 112 –el denominado número único de llamadas de urgencia europeo– cuya prestación se ha encomendado a las comunidades autónomas.

de telecomunicaciones, los servicios obligatorios de telecomunicaciones y otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés público. Los artículos 37 a 39 de la LGTc regulan el servicio universal de telecomunicaciones, que incluye los siguientes deberes de prestación: *a)* 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; *b)* que los abonados al servicio telefónico dispongan, gratuitamente, de una guía telefónica actualizada, impresa y unificada para cada ámbito territorial; *c)* que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional, y *d)* que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios.

Los artículos 40 y 41 de la LGTc regulan los servicios obligatorios de telecomunicaciones y la prestación y la financiación de estos servicios. El primero de los artículos establece una lista heterogénea de servicios, que en ocasiones no son obligaciones de servicio público sino propiamente servicios públicos que debe prestar la Administración. A ello hace referencia Chinchilla Marín cuando afirma que “no es cierto que en esas tres categorías (las relacionadas en el artículo 35) se incluyan sólo y exclusivamente obligaciones de servicio público, ya que en una de ellas, concretamente la categoría ‘servicios obligatorios de telecomunicaciones’, se mezclan los servicios a cuya prestación pueden resultar obligados los operadores, que sí responderían al concepto ‘obligaciones de servicio público’ [artículos 40.2.b) y 41.2 de la LGTc, y 40 y 41 del reglamento], con verdaderos servicios públicos, en el sentido tradicional del término, prestados directamente por la Administración, como es el caso los servicios de télex, telégrafos, burofax y similares, o en régimen de gestión indirecta, como es el caso de los servicios seguridad de la vida humana en el mar [artículos 40.2.a) y 41, y disposición transitoria 9.1 de la LGTc, y artículos 37 y 38 del Reglamento de obligaciones de servicio público”.³⁹

La singularidad del sector de las telecomunicaciones respecto del de la energía eléctrica y del gas por canalización no es sólo jurídica, sino sobre todo técnica. De hecho, los problemas que se plantea el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la Sentencia *British Telecommunications* de 20 de marzo de 1985, que inicia la cadena de impulsos hacia el establecimiento de una política comunitaria de telecomunicación, derivan de ponderar desde la perspectiva del Tratado de la CEE

el control público sobre las nuevas tecnologías. El hecho es que las nuevas tecnologías, de la mano de la iniciativa privada, ya comenzaron a ofrecer en los años ochenta nuevos servicios de recepción y transmisión, por cuenta de terceros que alteraban los precios de los servicios estatales monopolizados y abrían la puerta a múltiples posibilidades. Esta puerta abierta a posibilidades diversas y en constante cambio sigue siendo una de las características de las redes de telecomunicación que las diferencia de las redes eléctricas o de suministro de gas por canalización. La misma red será soporte de un servicio público universal, de una obligación de servicio público y de servicios típicamente privados (se trata de redes que permiten la prestación del servicio público universal de la telefonía fija y las ofertas de ocio más diversas a que se accede por televisiones de pago o internet), hecho que creemos que explica las dudas sobre el fundamento del derecho de determinados operadores a la ocupación del dominio público y a ser beneficiarios de expropiaciones y la distinta regulación de estas materias en la legislación de telecomunicaciones y en la de la energía eléctrica e hidrocarburos.

7. El derecho de ocupación del dominio público

7.1. La regulación del derecho en la legislación reguladora del sector eléctrico y de hidrocarburos

Las autorizaciones sectoriales en la legislación eléctrica y de hidrocarburos se regulan sobre la base de un doble principio: *a)* la competencia estatal o autonómica para autorizar las instalaciones eléctricas conlleva la potestad de declarar su utilidad pública, que conlleva el derecho a la ocupación del dominio público (municipal, estatal o autonómico) para el establecimiento o el paso de la instalación, y *b)* esta autorización se otorga sin perjuicio de las otras concesiones y autorizaciones necesarias, en especial las relativas al medio ambiente y la ordenación del territorio (la LRSE regula esta materia en los artículos 52 y siguientes, y la LSH en los artículos 103 y siguientes).

En ambos sectores, las instalaciones de todo tipo (generación, producción, transporte, almacenamiento y distribución) se declaran genéricamente de utilidad pública, y se les podrá reconocer de manera individualizada esa condición como una consecuencia de la autorización de la infraestructura eléctrica o de gas por canalización, si lo solicita la compañía, se tramita por el procedimiento establecido y la petición y el proyecto se ajustan a las normas sustantivas (artículos 52 y 53 de la LRSE, y 103 y 104 de la LSH). Ello conlleva que el órgano

39. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*. Coordinado por GARCÍA DE ENTERRÍA y DE LA QUADRA SALCEDO, Madrid, 1999, pág. 274.

competente para efectuar la declaración de utilidad pública es el órgano estatal o autonómico que tenga la competencia para autorizar la concreta instalación o la infraestructura para la cual la compañía solicita que se individualice la declaración de utilidad pública.

Los efectos de la declaración no son reguladas de manera coincidente. De acuerdo con el artículo 54 de la LRSE, la declaración de utilidad pública “llevará implícita la autorización para el establecimiento o el paso de la instalación eléctrica sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, o de las comunidades autónomas, o de uso público, propios o comunales de la provincia o el municipio, obras y servicios de los mismos y zonas de servidumbre pública”.

El artículo 102 de la LSH establece una regulación más detallada y respetuosa con las potestades y las competencias de los titulares del dominio público afectado por la instalación de gas. Establece:

a) La autorización de ocupación concreta del dominio público y patrimonial, y de las zonas de servidumbre pública será acordada por el órgano competente de la Administración pública titular de aquellos bienes o derechos.

b) Las condiciones y los requisitos que se establezcan por las administraciones titulares de los bienes y los derechos para la ocupación del mismo deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios.

c) En las autorizaciones de ocupación de bienes o derechos de titularidad local será de aplicación lo dispuesto en la legislación de régimen local.

La exigencia de autorización para ocupar el dominio público o de concesión demanial por parte de la Admi-

nistración titular del dominio es, por tanto, incuestionable en el sector de los hidrocarburos por señalarlo expresamente la norma legal interna, cabecera del bloque normativo regulador del sector. En cuanto al sector eléctrico, a pesar de la literalidad del artículo 54.2 de la LRSE, debería sostenerse también esa exigencia.⁴⁰

La realidad, al menos en relación con las instalaciones eléctricas de baja tensión, parece más simple. Nebreda Pérez afirma que “no existiendo ninguna diferenciación conceptual entre líneas de alta y baja tensión a estos efectos del dominio público, en la práctica su tratamiento es distinto, por lo que es necesario resaltar que, respecto a la red de baja tensión, dando por supuesta la autorización municipal de ocupación pertinente y para la que no se insta declaración de utilidad pública, por la razón evidente de que serían numerosísimos los expedientes, cabe proponer una fórmula de autorización industrial [...]”.⁴¹ Este autor nos indica la situación real: la declaración de utilidad pública no es el instrumento habitual de actuación en la mayoría de redes que ocupan el dominio público municipal. Propone sustituir la autorización de los órganos competentes en el sector de la energía eléctrica por entender que la ocupación del dominio público se obtendrá directamente (tesis que se explica a tenor de la regulación urbanística de los elementos imprescindibles de urbanización, entre los que se incluye el suministro de energía eléctrica).

La declaración de utilidad pública comporta un reconocimiento al derecho absoluto de ocupación del dominio público, pero no excluye la necesidad de obtener la autorización o la concesión para el uso del dominio público, la licencia de incidencia ambiental y la urbanística. En caso

40. Esta es una cuestión antigua, dado que la regulación ahora vigente para el sector eléctrico ya se establecía en el artículo 14.2 del Decreto de 20 de octubre de 1966. Escribano Collado –citado por GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, en *El dominio público municipal*, Granada: Comares, 2001, página 143, ya afirmaba que esa autorización implícita no significaba desapoderamiento del municipio para autorizar la ocupación del dominio público (ESCRIBANO COLLADO. Las vías urbanas. *Concepto y régimen de uso*. Madrid: Montecorvo, 1973. Páginas 516 a 519) y es difícilmente compatible, como afirma Colom Piazuolo, con el principio de autonomía reconocido constitucionalmente (COLOM PIAZUELO. *La expropiación forzosa en el sector eléctrico*. Barcelona: Cedecs, 1998. Página 202.). Esta opinión doctrinal tiene apoyo en la STS de 20 de enero de 2000 que, aunque aplica la Ley general de telecomunicaciones de 1987, fundamenta la competencia local en términos abstractos y ordinamentales, no del concreto sector. El TS afirma:

“a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio 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 pública o de ‘calas y canalizaciones’, como la denomina el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria [artículo 4.1.a) de la Ley reguladora de las bases de régimen local, Ley 7/1985, de 2 de abril, y artículo 5 del Reglamento de ser-

vicios 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 o la 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, la utilidad y la correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.”

La no-exigibilidad de autorización o concesión del titular del dominio lo sostiene Nebreda Pérez, de acuerdo con la literalidad del precepto, cuando señala que “la declaración de utilidad pública lleva implícita la autorización para el establecimiento de la red sobre terrenos de dominio público [...] ha de tenerse en cuenta que en el expediente de declaración de utilidad pública se prevé el previo informe de las administraciones afectadas [...] de modo que en las instalaciones eléctricas en media o alta tensión, para las que se pide, en concreto, la declaración de utilidad pública, el problema se resuelve al conseguir ésta. Para las instalaciones en baja tensión, el problema se resuelve por la propia naturaleza de las vías públicas sobre las que pesa la obligación de alojar tales instalaciones.” (NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín María. *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*. Madrid: Civitas, 1999. Página 200.)

41. NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín María. *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*. Madrid: Civitas, 1999. Páginas 206 y 207.

de conflicto entre la autorización eléctrica y la urbanística, la resolución se remite a la regulación urbanística de los actos promovidos por las administraciones públicas. El artículo 5.2 de la LRSE establece que en los supuestos que el planeamiento urbanístico no haya incorporado la planificación eléctrica o cuando las razones justificadas de urgencia o excepcional interés para el suministro de energía eléctrica aconsejen el establecimiento de instalaciones de transporte o distribución “se estará a lo dispuesto en el artículo 244 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio”. Por tanto, es una norma de solución de dos categorías de conflictos distintos: el primero respecto de la planificación imperativa (que sólo afecta a la red de transporte y no a la distribución), y el segundo respecto de concretas instalaciones promovidas por las empresas eléctricas no incluidas en aquella planificación y no previstas en los planes urbanísticos (la red de distribución).

El artículo 5 de la LSH tiene un contenido igual en cuanto al supuesto de hecho (que no se haya tenido en cuenta la planificación de dichas instalaciones en instrumentos de ordenación o de planificación o cuando razones justificadas de urgencia o excepcional interés para el suministro de productos petrolíferos o gas natural aconsejen el establecimiento de las mismas), pero distinto respecto a la norma de resolución del conflicto (se estará a lo dispuesto en la legislación sobre régimen del suelo y la ordenación del territorio que resulte aplicable) aunque dirija la resolución del conflicto también

a la legislación urbanística. El matiz puede parecer irrelevante, pero no lo es, dado que la norma de resolución de conflictos urbanística que permite realizar obras contra lo previsto en el planeamiento urbanístico o de acuerdo con éste pero sin licencia y tan sólo con informe de conformidad con el planeamiento, lo es para actos promovidos por administraciones públicas, no respecto a los realizados por personas autorizadas por las administraciones públicas.⁴²

7.2. La regulación del derecho en la legislación de telecomunicaciones

En este punto, debemos hacer una brevísima referencia a las modalidades de autorizaciones generales y de licencias individuales para prestar servicios de telecomunicaciones y extender redes de telecomunicaciones (reguladas en el capítulo III del título I de la LGTc, desarrollado por la Orden de 22 de septiembre de 1998). El artículo 10 de la LGTc define que en las autorizaciones generales por exclusión “se requerirá autorización general para la prestación de los servicios y la explotación de las redes de telecomunicaciones que no precisen del otorgamiento de una licencia individual”, lo que obliga a definir los distintos tipos de licencias individuales para entender el funcionamiento de las técnicas de control administrativo previo. El ordenamiento prevé cinco modalidades de licencias. La tipo A permite la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público sin el establecimiento o la explotación de una red pública. La tipo B permite la prestación del servicio telefónico

42. La jurisprudencia admite, sin embargo, sin dificultad la modificación del planeamiento. La STS de 31 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2001\10129) resuelve el recurso interpuesto pro la Diputación de Guadalajara contra el acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó la construcción del almacén de combustible gastado de la central nuclear de Trillo. Uno de los argumentos del recurso es que el artículo 244 de la LS de 1992 hace referencia a proyectos promovidos por las administraciones públicas o entidades de derecho público, pero no por entidades mercantiles de derecho privado como las que en el presente caso promovieron la construcción de un almacén de combustible nuclear gastado en la central nuclear de Trillo. La respuesta del Tribunal Supremo tiene un doble fundamento. El primero, la remisión expresa al artículo 180 de la Ley del suelo de 1976 realizada por la Ley 15/1980 (a la que debemos atribuir el mismo efecto jurídico que la remisión que realiza al artículo 244 de la LS de 1992 y el artículo 5 de la LRSE). El segundo, bastante alambicado (e innecesario si el Tribunal cree en sus palabras: “Aparte de la remisión expresa, que ya se ha aclarado, de la Ley 15/1980 al artículo 244.2 de la TRLS, que es suficiente para rechazar la impugnación”) y discutible, dado que no resuelve el problema principal de la alegación que consiste en que el artículo 244 de la LS de 1992 regula el supuesto de actos promovidos por administraciones públicas. Dice así: “[...] el alegato de la demandante choca, además, con la orientación del derecho comunitario europeo en materia de servicios públicos, especialmente desde la Carta Europea de la Energía de 17 de diciembre de 1991. Dicha orientación se refleja claramente en la Ley 54/1997, del sector eléctrico. La Exposición de motivos de la misma revela que se ha abandonado la noción monopolista y regaliana de servicio público tradicional, pero a pesar de ello el suministro de electricidad sigue constituyendo en la misma un servicio esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad (artículo 2.2 y Exposición de motivos de la Ley 54/1997) a los efectos

incluso del artículo 128.2 de la Constitución (disposición adicional 1.1 de la Ley 54/1997). Se demuestra así que la presencia de empresas privadas, que subraya la demandante, es hoy una constante en los servicios que se prestan en la Unión Europea y carece hoy de todo relieve para impedir apreciar la presencia de las circunstancias de urgencia o excepcional interés público a que se refiere el artículo 244.2 del TRLS, como ya tuvo ocasión de expresar, por cierto, el artículo 4.3 de la Ley 15/1980. Basta atender a lo que establece la disposición adicional séptima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, respecto de la paralización de otras centrales nucleares, para percatarse de la dimensión de la urgencia y la necesidad del proyecto.”

El problema de las obras realizadas por concesionarios o empresas autorizadas para realizar obras por parte de administraciones públicas lleva a diversas resoluciones jurisprudenciales a aplicar la doctrina de obras públicas no sometidas a licencia. La STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2002 afirmará que la obra consistente en la construcción de una subestación eléctrica de 33 kV, destinada a suministrar tensión a la catenaria del ferrocarril, para alimentar los motores de los trenes, del corredor Guadalajara-Alcalá-Madrid, debe incardinarse en el concepto más amplio de ordenación del territorio. Dice la sentencia: “[...] cuestión que debe recibir respuesta afirmativa, y ello es así, por entender que se trata de una obra de interés general, que reúne los requisitos configuradores de lo dispuesto en el artículo 149.1.24 de la CE, que reserva la competencia exclusiva del Estado para las obras públicas de interés general, cuando afecten a más de una comunidad autónoma.” La cuestión se resuelve del mismo modo en la STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 2002 (RJCA 2002/495). Para esta sala resulta evidente que la construcción de una red de telecomunicaciones de cable de fibra óptica en el arcén de una autopista en concesión no debe someterse a licencia urbanística por tratarse de una obra de ordenación del territorio.

disponible al público 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 la explotación de una red pública, sin que el titular pueda prestar el servicio telefónico 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 terrestres o basadas en satélites).

El capítulo II del título III de la Ley general de telecomunicaciones regula los derechos de los operadores a la ocupación del dominio público; a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento, a su favor, de servidumbres y limitaciones a la propiedad (de especial interés los artículos 44 y 45 de la LGTc). Contrariamente a lo que sucede en los sectores de la energía, el órgano con competencia sectorial no otorga una autorización para desplegar las infraestructuras, que puede incorporar la declaración de su utilidad pública y que conlleva, para esa infraestructura, el derecho del titular de la autorización a ocupar el dominio público. El artículo 44 de la LGTc establece con carácter general que tendrán derecho a la ocupación del dominio público, en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones de que se trate, los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones a los que se refiere el artículo 43 (que textualmente incluye a los operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones a los que les sean exigibles obligaciones de servicio público, los cuales por vía reglamentaria⁴³ se amplían a todos los titulares de licencias individuales del tipo B o C que lo soliciten y que asuman el compromiso expreso de aceptar las obligaciones de servicio público que les sean impuestas). Este derecho de ocupación se articula legalmente del siguiente modo:

a) Las autorizaciones de uso del dominio público deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local.

43. El artículo 44 del Real decreto 1736/1998, "Procedimiento de asignación de los derechos a que se refiere este título", establece:

"1. Los solicitantes de licencias individuales para el establecimiento o la 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 la 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 hacer-

b) Será obligatoria la canalización subterránea, cuando así se establezca en un instrumento de planeamiento urbanístico debidamente aprobado.

c) 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.

d) Para el otorgamiento de la 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.

Debemos recordar que entre los titulares de la licencia B2 y C2 se incluye a los titulares de concesiones de servicio público de telecomunicaciones por cable otorgadas al amparo de la legislación anterior a la LGTc, y a los operadores de los servicios prestados en red de los sectores del agua, la energía y los transportes que soliciten extender redes de telecomunicaciones abiertas al público.

Debemos dejar constancia de que, como afirma Chinchilla Marín, ni la LGTc ni ninguna otra norma han establecido mecanismos específicos para imponer el derecho de ocupación a los titulares del dominio público afectado.⁴⁴

8. Conclusiones

Primera. Las ordenanzas de Madrid y Crevillente ponen de manifiesto la inquietud por encontrar soluciones a la ocupación, por las compañías de servicios, del dominio público municipal en el suelo urbano consolidado, que tiene la condición de solar. Las soluciones propuestas en estas ordenanzas son: a) la ejecución por el ayuntamiento de las infraestructuras comunes, financiadas a través de contribuciones especiales, giradas a las compañías de servicios, y b) la explotación de esas conducciones a través de un contrato de obra y de gestión de servicios públicos, que conlleva, además, la concesión demanial del subsuelo.

lo 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 provisiones 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."

44. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Telecomunicaciones: Estudios sobre dominio público y propiedad privada*. Madrid: Marcial Pons, 2000. Página 123.

Segunda. El establecimiento de infraestructuras comunes para todas las compañías de servicios en el suelo urbano consolidado que no tiene la condición de solar, el suelo urbano no consolidado por la urbanización y de suelo urbanizable, debe llevarse a cabo de conformidad con el régimen de derechos y deberes establecido en la legislación urbanística para cada clase de suelo. Este régimen permite exigir a los propietarios o los promotores ejecutar y costear las infraestructuras y cederlas gratuitamente al municipio, sin perjuicio del resarcimiento que obtengan de las compañías de servicios.

Tercera. Las conducciones comunes, tanto en un caso como en el otro, serán de titularidad municipal, y entendemos que ni el municipio ni el concesionario están obligados a disponer de la licencia individual para la explotación de redes de telecomunicaciones prevista en la legislación sectorial, en los términos planteados en el informe emitido el 27 de febrero de 2001, respecto de la ordenanza de Crevillente, por parte de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

Cuarta. El planeamiento urbanístico es el instrumento adecuado para establecer las infraestructuras y garantizar la seguridad jurídica en este proceso. Ni el derecho de ocupación del dominio público ni la declaración de utilidad pública de las instalaciones eléctricas y de canalización de gas, permiten vulnerar el planeamiento urbanístico cuando éste establezca la existencia de infraestructuras únicas, que deben ser compartidas por todas las compañías de servicios. No está en liza ni el derecho a la ocupación de dominio público ni el derecho/deber a la compartición, sino más simplemente la titularidad o no del derecho de transformación urbanística del subsuelo, del que carecen las compañías, si pretenden actuar contra el planeamiento urbanístico.

Quinta. Las incertidumbres que plantea la liberalización de los sectores de la energía y las telecomunicaciones no se proyectan sobre las potestades de protección del dominio público municipal ni sobre la posibilidad de imponer la utilización conjunta de las infraestructuras de canalización, previstas en los instrumentos de ordenación del subsuelo. ■

QDL CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

La sección “Crónica de jurisprudencia” selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar 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), que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, junto con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas, y que la sección incluya en el futuro comentarios concretos de sentencias o líneas jurisprudenciales.

La sección inició la selección a 1 de enero de 2002, y en cada número se incluye la selección de sentencias del período comprendido desde las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de la edición. Este período de seis meses permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones del conjunto de jurisdicciones y órganos jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 13 de febrero hasta el 12 de junio de 2002

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección ha sido realizada por Domènec Sibina Tomàs, y la elaboración y la redacción de las fichas por Eva Arnal Arasa.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Participación de la comunidad en plusvalías generadas por la acción urbanística en suelo urbano consolidado. Principio de igualdad. Efectos “ex nunc” de la declaración de nulidad de la norma

SUPUESTO DE HECHO

El abogado del Estado interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, de modificación de la Ley 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en plusvalías generadas por la acción urbanística. El mencionado precepto establece lo siguiente:

“La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos se llevará a efecto en la siguiente forma: 1. Los propietarios de suelo urbano deberán ceder obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento el diez por ciento del aprovechamiento urbanístico lucrativo del ámbito correspondiente libre de cargas de urbanización. En el supuesto de obras de rehabilitación, únicamente corresponderá al Ayuntamiento el diez por ciento del incremento del aprovechamiento urbanístico sobre el anteriormente edificado.”

El abogado del Estado consideraba que dicha disposición contradecía lo dispuesto en dos preceptos de “condiciones básicas” dictados por el Estado al amparo de lo dispuesto por el artículo 149.1 de la CE: el artículo 14 de la LRSV (relativo a los deberes urbanísticos de los propietarios del suelo urbano, donde se distingue con nitidez entre el suelo urbano “consolidado” y el “no consolidado”), y el artículo 28 de la LRSV.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso, declarando la inconstitucionalidad y la nulidad del precepto impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó si el precepto impugnado resultaba contrario a lo dispuesto por los artículos 14 y 28 de la LRSV, de los que dijo que, si bien no eran normas básicas (establecían “condiciones básicas”), constituían normas delimitadoras de los ámbitos competenciales del Estado y las comunidades autónomas.

En relación con el artículo 14 de la LRSV, el Tribunal recordó que éste ya se había pronunciado acerca de la constitucionalidad del mismo (STC 164/2001, de 21 de julio), indicando que, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, “la inexistencia de deberes de cesión de suelo (en el urbano consolidado) no constituye discriminación alguna entre personas y por circunstancias subjetivas, que es lo prohibido por el artículo 14 de la CE, sino distintas regulaciones abstractas del derecho de propiedad urbano”. (FJ 4)

Desde una perspectiva competencial, recordando lo también considerado en la mencionada sentencia, indicó que “para la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas (mediante la regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad) el Estado dispone de un amplio margen de configuración; a lo que también añadimos entonces que ‘el artículo 47 de la CE no impide, en este sentido, que la participación en las plusvalías se concentre en determinadas clases de suelo. De esta forma, la hipotética existencia de plusvalías urbanísticas en suelo urbano consolidado, cuya realidad no corresponde dilucidar a este Tribunal, no excluye *a priori* una norma estatal que alivie de cesiones de aprovechamiento a sus propietarios”’. (FJ 4)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que el precepto impugnado contravenía las “condiciones básicas” contenidas en el artículo 14 de la LRSV, que únicamente preveía deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico en el suelo

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno Recurso de inconstitucionalidad 3550/1998

RESOLUCIÓN: 54/2002. Recurso de amparo 1473/2001

FECHA: 27 de febrero de 2002

PONENTE: Excm. Sra. Elisa Pérez Vera

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3 y 14 de la CE; artículos 14 y 28 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (LRSV); artículo único de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, de modificación de la Ley 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística

DOCTRINA: Participación de la comunidad en plusvalías generadas por la acción urbanística en suelo urbano consolidado. Principio de igualdad. Efectos *ex nunc* de la declaración de nulidad de la norma (FJ 3, 4, 8 y 9)

urbano no consolidado por la urbanización, de modo que, como indicó el Tribunal, “[...] los propietarios de suelo urbano ‘consolidado’ no soportan (a diferencia de los propietarios de suelo urbano ‘no consolidado’) deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico, ni siquiera en solares o terrenos ya edificados pero sujetos a obras de rehabilitación”.

A lo anterior, el Tribunal añadió que las cesiones obligatorias de aprovechamientos previstas por el artículo 14 “no son un mínimo superable por cada comunidad autónoma sino, justamente, un máximo reducible en cada comunidad”.

En atención a lo indicado, el Tribunal consideró que procedía declarar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada y, por tanto, declarar su nulidad.

Acerca del alcance que debía tener la declaración de nulidad, el Tribunal analizó tanto los efectos sobre la ley impugnada (indicando que ésta sólo comprendía lo dicho en relación con el suelo urbano “consolidado”) como los efectos en el tiempo de dicha declaración.

En cuanto al segundo aspecto, el Tribunal apeló al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), al que responde el artículo 40.1 de la LOTC, “según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes ‘no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada’ en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales”. (FJ 9)

Sin embargo, en relación con el principio de seguridad jurídica, el Tribunal indicó que: “Más allá de ese mínimo impuesto por el artículo 40.1 de la LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) también reclama que –en el asunto que nos ocupa– esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz *pro futura*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme.” (FJ 9)

Dicho lo anterior, el Tribunal concluyó que: “[...] el principio de seguridad jurídica reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa

juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia *ex tunc* a nuestra declaración de nulidad dis-torsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, tanto por los municipios vascos como por los particulares, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las haciendas locales a que se refiere el artículo 142 de la CE”.

Tribunal Constitucional. Recurso extemporáneo contra error en soporte electrónico para el cálculo de escaños. Supletoriedad de la LRJPAC en materia de errores materiales. Derecho al sufragio pasivo

SUPUESTO DE HECHO

El 12 de marzo de 2000 se celebraron elecciones generales. El escrutinio general tuvo lugar en tres sesiones, los días 15, 16 y 17 de marzo. Del mismo fue levantada acta, especificándose que no se había producido ninguna incidencia. Por ello la Junta Electoral Central determinó la publicación en el BOE de los resultados generales y por circunscripciones (BOE de 5 de abril).

El 11 de abril del mismo año, el representante de una candidatura por la circunscripción de Asturias presentó ante la Junta Electoral Provincial un escrito en virtud del artículo 105.2 de la LRJPAC, solicitando la rectificación de un error material no en el escrutinio, sino en la transcripción de los resultados del soporte informático. Dicho soporte les había sido entregado a los representantes de las candidaturas tres horas después de haberse firmado las actas de escrutinio. El error que se pretendía hacer valer era la atribución de 80 votos correspondientes a la mencionada candidatura a la formación que figuraba en la línea inmediatamente anterior. Sumando los votos detraídos con los obtenidos, supondría el cambio de adscripción del último escaño en liza, concedido a otro partido.

La Junta Electoral Provincial consideró improcedente el escrito presentado, al haber adquirido ya los candidatos electos su plena condición e incidir la pretensión del reclamante en el resultado del proceso electoral, que excedía de las competencias de la Junta. Sin embargo, al respecto fue formulado un voto particular, favorable a la tesis del recurrente.

La anterior decisión fue recurrida ante la Junta Electoral Central. Ésta desestimó el recurso, por considerar que no existía laguna alguna en la regulación electoral que debiera colmarse acudiendo al procedimiento administrativo (corrección de errores aritméticos, artículo 105 de la LRJPAC).

Contra las anteriores resoluciones, el mencionado representante interpuso dos recursos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; uno por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra el acuerdo de la Junta Electoral Central que ordenaba la publicación de los resultados generales; el otro contra el acuerdo de la Junta Provincial de Asturias y contra el acuerdo de proclamación de diputados electos en la mencionada circunscripción. El Tribunal Supremo inadmitió el primero de ellos y desestimó el segundo.

Tras ello, el recurrente interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que, después de analizar el caso concreto, denegó el amparo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional analizó la posible vulneración del artículo 23 de la CE (derecho de sufragio pasivo), análisis al que no

Por tanto, el Tribunal consideró que los efectos de la declaración de nulidad sólo se extenderían a los actos futuros (efectos *ex nunc*).

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la constitucionalidad del artículo 14 de la LRSV, ver la siguiente sentencia: STC 164/2001, de 11 de julio.

Declarando que el principio de seguridad jurídica reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas, ver las siguientes sentencias: STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11); STS 180/2000, de 29 de junio (Aranzadi 2000/180) (FJ 7), y STC 289/2000, de 30 de noviembre (Aranzadi 2000/289) (FJ 7).

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Recurso de amparo

RESOLUCIÓN: 80/2002. Recurso de amparo 1473/2001

FECHA: 8 de abril de 2002

PONENTE: Excm. Sra. María Emilia Casas Baamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3 y 23.2 de la CE; artículos 108.2 y 120 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG); artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)

DOCTRINA: Recurso extemporáneo contra error en soporte electrónico para el cálculo de escaños. Supletoriedad de la LRJPAC en materia de errores materiales. Derecho al sufragio pasivo (FJ 3, 5, 6 y 7)

había procedido el Tribunal Supremo, al no haber entrado éste en la cuestión de fondo (producción de un error material). En palabras del Tribunal Constitucional: “[...] La cuestión, por tanto, estriba en analizar si las razones que han llevado a los órganos intervinientes a no entrar en el fondo de la cuestión, permitiendo con ello la mera posibilidad de mantener un error que desde la debida correspondencia entre la voluntad popular expresada en sufragios y su concreto reflejo en puestos representativos, resultan constitucionalmente asumibles en relación con la garantía que el texto constitucional presta al respeto a la verdad material del derecho de representación.”

El Tribunal Constitucional pondera las razones del Tribunal Supremo, que son: “a) la extemporaneidad, y b) la inadecuación del cauce empleado por los recurrentes para hacer valer su pretensión.”

En relación con la extemporaneidad de la pretensión de corregir el error material en atención a los plazos establecidos por la LOREG, el Tribunal admitió que era imposible advertir la producción de dicho error en el escrutinio, puesto que el error se produjo posteriormente. Sin embargo, entendió que “si hubiera mediado la diligencia exigible a quienes más interesados en el proceso electoral se presumía, y que por ello mismo más vigilantes debían estar en la proclamación de los resultados por los que habían luchado en la contienda electoral, podían haber acudido a la Junta Electoral Provincial en virtud del mencionado artículo 108.2 de la LOREG (como lo hizo la actora en el caso de la STC 157/1991 que los demandantes citan constantemente en su apoyo)”.

En cuanto al cauce utilizado por los solicitantes de amparo (cauce que trae causa en el artículo 105 de la LRJPAC que entienden los recurrentes de aplicación supletoria), el Tribunal analizó si la referencia del artículo 120 de la LOREG a “lo no expresamente regulado por esta ley” alcanzaba la corrección de errores. Al respecto indicó que “al prever la LOREG detalladamente los plazos y los modos en los que caben las rectificaciones correspondientes de los eventuales errores que puedan producirse, no queda margen para la supletoriedad pretendida en el caso presentado por los demandantes *ex* artículo 120 de la propia LOREG. Además añadió: “La razón de que no puedan ser aplicados como supletorios al régimen electoral los mencionados preceptos de la ley administrativa es anterior y más relevante, ya que deriva directamente del texto constitucional, a saber: la reserva a la Ley orgánica del régimen electoral general que lleva a cabo el artículo 81.1 de la CE. De este régimen debe formar parte, sin duda, el modo de resolver las divergencias surgidas en torno al resultado del proceso alrededor del cual gira tal sistema, el proceso electoral, en concreto los órganos y los procedimientos y, dentro de éstos, los plazos en los cuales hayan de resolverse los litigios electorales.” (FJ 3)

En virtud de lo anterior, recordó su doctrina “que un procedimiento como el electoral cuenta con ‘plazos fugaces, perentorios y preclusivos’ (STC 170/1991, de 19 de julio, fundamento único), y hemos insistido en la perentoriedad de los mismos (recientemente, STC 48/2000, de 24 de febrero, F 3), y las que ella recuerda en igual sentido)”. Esta doctrina motiva que afirme: “y por eso resulta palmaria la incompatibilidad con esta conclusión de la apertura de un plazo *sine die* para la rectificación de los errores materiales que determina el citado artículo 105.2 de la LPC al posibilitar que la misma pueda ser efectuada ‘en cualquier momento’.” (FJ 3)

La última cuestión que aborda la plantea el Tribunal en estos términos: “[...] ahora bien, si lo anterior es cierto, no lo es menos que, al no entrar en la cuestión de fondo, esto es, en si realmente se produjo el error material que los recurrentes afirman, ha quedado sin determinar si el derecho sustantivo alegado, el garantizado por el artículo 23 de la CE, fue, o no, vulnerado.” (FJ 4)

El Tribunal admitió que el error invocado por el recurrente resultaba fehaciente y que alteraba el resultado de la asignación de escaños. Sin embargo, no consideró que la producción del mismo supusiera una vulneración del mencionado artículo 23.2 de la CE.

En primer lugar, el Tribunal analizó la naturaleza del derecho reconocido en el artículo 23.2 de la CE, indicando que su naturaleza de derecho de configuración legal condiciona el acceso a los cargos públicos “a los requisitos que señalen las leyes”. Entre tales requisitos, indicó el Tribunal, “deben entenderse comprendidos no sólo los sustantivos, sino también los procedimentales”. (FJ 5)

En virtud de ello, el Tribunal entendió que no podía considerarse vulnerado el derecho:

“[...] por no cumplir los requisitos legalmente exigidos para su efectividad (en este caso el accionamiento en tiempo y forma frente a su eventual lesión) cuyo propio enunciado constitucional, mediante remisión al legislador, incluye como parte integrante de él.” (FJ 5)

A lo anterior el Tribunal añadió un segundo motivo en cuya virtud no se podía admitir la existencia de vulneración del precepto indicado: el Tribunal apeló nuevamente al necesario respeto al principio de seguridad jurídica, contemplado en el artículo 9.3 de la CE. El Tribunal destacó el carácter especial y singular del régimen electoral general, del que dijo que “no era equiparable normalmente al régimen administrativo común, desde el punto de vista material por su especial objeto, y desde el punto de

vista formal porque el constituyente, como antes decíamos, lo ha reservado de una forma particular y reforzada en el citado artículo 81.1 de la CE, frente al procedimiento administrativo común que no es objeto de una reserva similar, sino de una reserva genérica en el artículo 105.c) de la Norma Fundamental”. (FJ 5)

A lo anterior, añadió que:

“[...] el legislador electoral al regular los plazos de reclamación e impugnación de los resultados electorales como lo ha hecho ha optado por una determinada concepción de la específica seguridad jurídica en material electoral. En esa concepción el legislador ha integrado también, o si se quiere, ha previsto, los supuestos en los que la realidad material de los sufragios no se cohoneste con la distribución final de los mismos en puestos representativos, supuestos para los que otorga los lapsos temporales que aparecen en la ley y no otros.” (FJ 6)

Por ello el Tribunal consideró que, transcurridos los plazos marcados por la ley: “[...] el descubrimiento de una realidad material distinta a la que por error se ha entendido producida debe ceder en aras de la específica seguridad jurídica electoral, pues de las distorsiones que puede llegar a generar la anulación de las situaciones ya creadas pueden derivarse perjuicios mucho más notables que los que supondría la indudable comprobación de aquella desconexión.” (FJ 6)

Volviendo a la especial naturaleza del procedimiento electoral, en relación con los plazos, el Tribunal indicó que:

“Como es notorio, el carácter perentorio de los plazos permitidos por la regulación electoral comporta inexorablemente una diligencia especialmente exigente de los protagonistas del proceso electoral.” (FJ 6)

Hay que decir que, en cuanto al debido respeto al procedimiento establecido, el Tribunal destacó que éste no sólo era exigible a los “protagonistas naturales de las elecciones” (fuerzas políticas en general y candidatos), sino también a la Administración electoral, de quien consideró especialmente reprochable su falta de esmero en la comprobación de los datos.

Sin embargo, el Tribunal entendió que sólo circunstancias excepcionales podrían llevar a la revisión de los resultados obtenidos si se demostrase una vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la CE, indicando que:

“Sólo, por tanto, circunstancias realmente extraordinarias que impidiesen o distorsionasen el conocimiento por los interesados o por la Administración electoral de los resultados habidos en los comicios dentro de los plazos que la LOREG marca (así, por ejemplo, si tal impedimento o distorsión fuese un resultado intencionadamente buscado) podrían llevar a la revisión de tales resultados si se demostrase la vulneración de los derechos recogidos en el artículo 23 de la CE. La prolija regulación que lleva a cabo la LOREG de los actos de recuento y de escrutinio, así como la notable tutela que incorpora en tales actos, deja poco margen a tan extraordinarias causas sin llegar a excluirlas: ése, justamente, debe entenderse que fue el espíritu que animó al legislador cuando la estableció en un principio y, sobre todo, cuando la reformó en 1991.” (FJ 7)

A la vista de todo lo anterior, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la necesidad de evitar rigores excesivos que impidan la plena revisión jurisdiccional, mediante la exigencia tan sólo de la diligencia debida en cada momento en que los actores pudieron denunciar la irregularidad, ver la siguiente sentencia: STC 157/1991.

Sobre los plazos en materia electoral, ver las siguientes sentencias: STC 170/1991, de 19 de julio (Aranzadi 1991/170) y STC 48/2000, de 24 de febrero (Aranzadi 2000/48).

B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Privación de libertad contra la voluntad de la persona por motivos de atención asistencial. Servicios sociales. Vulneración del artículo 5.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

SUPUESTO DE HECHO

En diciembre de 1996, la Oficina Gubernamental del Distrito de Aarberg, en Suiza, ordenó el internamiento por tiempo indefinido en un hogar de acogida de la Sra. H. M., “debido a su falta grave de atención”. En dicha orden se señalaba que la demandante precisaba de un tratamiento permanente debido a las llagas que tenía en las piernas y a las cataratas en sus ojos, y que no recibía la atención de ningún médico ni se había demostrado que tuviera suficiente para comer. Se hacía referencia asimismo a las insostenibles condiciones de higiene del apartamento en que ésta vivía, sin calefacción, y a la falta de visos de que dichas circunstancias pudieran cambiar.

El 20 de diciembre de 1996 la Sra. H. M. fue internada en una residencia de ancianos.

La Sra. H. M., que hasta su internamiento vivió con uno de sus hijos, había rechazado con anterioridad el ingreso en una residencia de ancianos. Ésta estuvo recibiendo ayuda domiciliaria, hasta que la asociación que la atendía decidió dejar de hacerlo por lo difícil que resultaba, habida cuenta del estado en que se encontraban el apartamento y la salud de la Sra. H. M. (dichas circunstancias fueron puestas en conocimiento de la Oficina de Tutelas de Lyss, a la que informaron que, de no producirse ciertos cambios, dejarían de asistir a la Sra. H. M.). También había dejado de acudir al domicilio de H. M. el médico de la familia.

La Sra. H. M. interpuso sendos recursos ante la Comisión Nacional de Apelación y ante el Tribunal Federal, siendo ambos desestimados. Tras haber agotado las vías internas previstas por el ordenamiento suizo, la Sra. H. M. acudió al TEDH, alegando que la medida en cuestión suponía una privación ilegal de su libertad, por cuanto el artículo 5.1 del Convenio en el que se basaba su internamiento sólo mencionaba el “vagabundeo” y no la falta de atención y descuido, como motivo que justifique el internamiento.

En enero de 1998 fue levantada la orden de internamiento forzoso, por haber accedido la recurrente a ingresar en una residencia de ancianos por su propia voluntad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no se había producido una vulneración del artículo 5.1 del Convenio, si bien dos jueces se mostraron contrarios a dicho pronunciamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Fundamentos del Tribunal (inexistencia de privación de libertad)

El Tribunal admitió que en algunas ocasiones había reconocido que ciertos internamientos se habían considerado vulneradores del artículo 5.1 del Convenio (caso Nielsen contra Dinamarca). Sin embargo, consideró que en este caso no se había producido tal vulneración.

Los motivos aducidos para negar dicha vulneración fueron que “la demandante apenas sentía los efectos de su estancia en la residencia, los cuales sí fueron padecidos por su hijo, que no deseaba perder a su madre. Es más, de hecho, la propia demandante se mostró indecisa respecto a qué solución prefería. En la audiencia celebrada ante la Comisión de Apelación, por ejemplo, afirmó que no hallaba razón alguna para no ser feliz en la

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Segunda. Demanda 39187/1998. Caso H. M. contra Suiza

FECHA: 26 de febrero de 2002

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 5.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“Convenio”); artículo 397 y siguientes del Código civil suizo

DOCTRINA: Privación de libertad contra la voluntad de la persona por motivos de atención asistencial. Servicios sociales. Vulneración del artículo 5.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (FJ 46, 47 y 48)

residencia” (FJ 46). Asimismo, se tuvo en cuenta que la misma recurrente estuvo de acuerdo en permanecer en la residencia una vez fue trasladada a la misma. (FJ 47)

A la vista de los motivos mencionados, concluyó: “Teniendo en cuenta todos esos elementos, en especial el hecho de que la Comisión Cantonal de Apelación trasladó a la demandante a la residencia por su propio interés para proporcionarle los cuidados médicos necesarios, así como unas condiciones de vida y de higiene satisfactorias, y teniendo también en consideración las circunstancias comparables del asunto Nielsen contra Dinamarca, citado con anterioridad, el Tribunal concluye que en las circunstancias del presente asunto, el internamiento de la demandante en la residencia no supuso la privación de su libertad tal y como se contempla en el artículo 5.1, sino que constituyó una medida responsable adoptada por las autoridades competentes en interés de la demandante. Por tanto, el artículo 5.1 no es aplicable en el presente asunto” (FJ 48). En consecuencia, el Tribunal estima que no se ha vulnerado el artículo 5.1 del Convenio.

Opinión concordante del juez Gaukur Jörundsson (privación de libertad incluida en el artículo 5.1 del Convenio)

El juez Gaukur Jörundsson coincidía con el Tribunal en que no se había producido una vulneración del artículo 5.1 del Convenio, pero llegaba a dicha conclusión por razones distintas. A diferencia de la opinión del Tribunal, el juez Gaukur Jörundsson entendió que se había producido una privación de libertad. Al respecto, recordó que los artículos 397 y siguientes del Código civil suizo se referían a la medida en cuestión como una “privación de libertad”. Además de ello, el juez destacó que la orden se había adoptado ante la negativa de la recurrente de acudir a la residencia por su propia y libre voluntad, y que, pese a que no se le prohibía salir de la misma, de haberlo hecho se le hubiera llevado de regreso a la misma. Por ello entendió que el internamiento de la demandante en la residencia “sí supuso una privación de libertad dentro del ámbito del artículo 5.1 del Convenio”. Sin embargo, consideró que dicha privación no era contraria a derecho. Sobre la inexistencia de vulneración del ordenamiento por la privación de libertad, el juez Gaukur Jörundsson recordó que, según el Convenio, “ninguna privación de libertad será legal a menos que se

ajuste a alguno de los motivos establecidos en los apartados a) a f) del artículo 5", lo que equivale a decir que si la privación se ajusta a lo indicado en alguno de ellos será legal. El juez indicó al respecto que al haber invocado el Gobierno únicamente el apartado e) del mencionado artículo, era el único que cabía estudiar.

En este sentido, el juez analizó si la persona internada podía considerarse "mentalmente incapacitada" [artículo 5.1.e)]. Sobre qué debía entenderse como tal, el Tribunal destacó la constante evolución jurisprudencial del significado de dicha expresión "conforme avanza la investigación en el campo de la psiquiatría y está desarrollando una flexibilidad creciente su tratamiento". Sin embargo, el juez entendió que, al a vista de lo indicado en la Sentencia Jonson contra el Reino Unido, no se podía considerar "que el apartado e) del artículo 5.1 permita la privación de libertad de una persona simplemente porque su punto de vista o su comportamiento se desvía de las normas que prevalecen en la sociedad. Mantener lo contrario no sería conciliable con el texto del artículo 5.1". Dicho lo anterior, el Tribunal se refirió a los tres requisitos mínimos que se exigen para que un individuo "mentalmente capacitado" pueda ser privado de su libertad: "[...] en primer lugar, la persona debe haber mostrado fehacientemente su incapacidad mental; en segundo lugar, el desorden mental debe ser de un tipo o en un grado que conlleven inequívocamente el confinamiento y, en tercer lugar la persistencia de cualquier confinamiento continuado depende de la persistencia de dichos desórdenes."

Al parecer del juez, se daban los tres. Según éste, el primer motivo se cumplía por padecer la recurrente "demencia senil" en el momento en que se ordenó el internamiento; el segundo, por haber resultado insuficientes los cuidados recibidos por la recurrente hasta entonces; y el tercero, por no haber cesado la situación en la que se encontraba la recurrente durante los últimos años. Por ello, entendió que se trataba de un internamiento conforme a derecho, por ser de lo previsto por el artículo 5.1 del Convenio. A la vista de lo anterior, el juez concluyó que: "Las autoridades, al internar a la demandante en la residencia, se basaron en el artículo 397 a del Código civil suizo que menciona, *inter alia*, 'la enfermedad mental y la debilidad mental' como motivos para la retirada de la libertad. Desde mi punto de vista, la medida impuesta a la demandante era 'conforme a derecho' dentro del ámbito del artículo 5.1 del Convenio."

Fundamentos del juez Loucaides (privación de libertad no incluida en el artículo 5.1 del Convenio)

El juez Loucaides fue más allá en su interpretación y consideró que no sólo se había producido una privación de libertad, sino que ésta vulneraba el artículo 5.1 del Convenio, por no enmarcarse la privación de libertad en el ámbito del artículo 5.1.e). El juez quiso destacar en primer lugar que el internamiento de la recurrente había tenido lugar contra su voluntad. Al respecto, se refirió a la sentencia también citada por el Tribunal (Ashingdane contra el Reino Unido), destacando que en la misma se había considerado que la demandante estaba amparada por el artículo 5 aun y haberse tratado de un internamiento en un pabellón "abierto" de un hospital y se le permitiera abandonar el mismo sin compañía.

Aun así, el juez insistió en la idea de que la violación del artículo 5 era independiente de la existencia del consentimiento de la persona privada de su libertad, de si esa persona sentía o no los efectos de la privación, o de si dicha privación se efectuaba "por el bien de la persona internada". El juez llegó a dicha conclusión por entender que "la libertad física es de capital importancia y que las excepciones a la prohibición de la privación de libertad se limitan exclusivamente a las que se citan expresamente en los apartados del artículo 5.1".

A pesar de lo anterior, razonó que: "Es cierto que hay situaciones, no mencionadas expresamente en el artículo 5, en las que la privación de libertad de un individuo pueda ser, por motivos de mucho peso, indispensable. El presente asunto constituiría posiblemente un ejemplo de ello. Sin embargo, a lo anterior puntualizó que: "[...] estas situaciones pueden evitarse desde el mismo artículo 5 y de acuerdo con las salvaguardas que él proporciona, si la legislación nacional relevante las enmarca también dentro de la excepción que marca el apartado b) del artículo 5.1."

Finalmente, el juez Loucaides rebatió los argumentos del juez Gaukur Jörundsson por los cuales éste había llegado a la conclusión de que la reclusión de la demandante se hallaba dentro del ámbito del artículo 5.1 e) y que constituía "el internamiento, conforme a derecho, de un (individuo) enajenado". A tal efecto, el juez destacó nuevamente la exhaustividad de la lista del artículo 5, reiterando la necesidad de interpretar de forma restrictiva las privaciones de dicho artículo y, por tanto, del concepto de "enajenación mental", para cuya declaración, y citando textualmente lo indicado en el asunto Winterwerp, el juez consideraba que era necesaria para su declaración la opinión de un experto. En palabras de la sentencia citada:

"[...] salvo en casos de urgencia, un individuo no debe verse privado de su libertad a menos que se haya demostrado fehacientemente su incapacidad mental. La propia naturaleza de lo que debe probarse ante la autoridad nacional competente —es decir, el enajenamiento mental— exige una valoración médica objetiva por parte de un experto".

Tras ello, el juez indicó que la demandante no había sido examinada por ningún médico cualificado como experto médico (psiquiatra). El juez dio mucha importancia a que así lo había afirmado la misma demandante, que nunca gozó de la posibilidad de responder a esta acusación.

En virtud de lo anterior, el juez Loucaides concluyó que: "[...] en este asunto se ha producido una privación de la libertad de la demandante, que vulnera el artículo 5 del Convenio."

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el hecho de que la distinción entre la privación y la restricción de la libertad es simplemente una cuestión de grado o intensidad, y no de naturaleza o sustancia, ver la siguiente sentencia: Sentencia Ashingdane contra el Reino Unido, de 28 de mayo de 1985 (TEDH 1985/7).

Sobre la estimación de que el internamiento de un muchacho en un pabellón de psiquiatría para recuperación de una neurosis, a petición de su madre, suponía la privación de libertad definida en el artículo 5.1 del Convenio, ver las siguientes sentencias: Asunto Nielsen contra Dinamarca (TEDH 1988/24) y Sentencia de 28 noviembre 1988 (Serie A núm. 144, p. 25, ap. 70).

Sobre la noción de "mentalmente incapacitado", ver las siguientes sentencias: Sentencia Jonson contra el Reino Unido, de octubre de 1997 (TEDH 1997/90); Sentencia Winterwerp contra Países Bajos, de 24 de octubre de 1979 (TEDH 1979/4).

Sobre la idea de que el hecho de que una persona se haya sometido voluntariamente a un régimen concreto de internamiento no excluye la aplicabilidad del artículo 5 para cuestionar la legalidad de dicho internamiento o con la finalidad de obtener su liberación, ver la siguiente sentencia: Sentencia De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica, de 18 de junio de 1971 (TEDH 1971/1).

C) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Liberalización de los servicios fúnebres. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por actos del legislador. Principios de buena fe y confianza legítima

SUPUESTO DE HECHO

El titular de una empresa de servicios fúnebres, que tenía concedida en régimen de monopolio la prestación de dichos servicios en el municipio de Sant Pere de Ribes, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 24 de julio de 1998, por el que se desestimaba la solicitud de indemnización de los daños y los perjuicios causados como consecuencia de la entrada en vigor del Real decreto ley de 7 de junio de 1996 sobre medidas urgentes de carácter fiscal, de fomento y liberalización de la actividad económica, en relación con la prestación de servicios funerarios.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó el deber de la Administración de indemnizar por un acto legislativo.

El Tribunal señaló que en el ordenamiento jurídico español (LRJPAC), a diferencia de otras opciones adoptadas en el derecho comparado, era la propia ley la que establecía la responsabilidad.

Como ya había declarado el mismo Tribunal en otras ocasiones antes de la entrada en vigor de la LRJPAC (STS de 5 de marzo de 1993 (Aranzadi 1993/1623) y STS de 27 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/4981), el Tribunal indicó que:

"[...] cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable." (FJ 1)

Dicho ello, el Tribunal apuntó que, para determinar si efectivamente se había producido un perjuicio indemnizable, era necesario usar varios criterios. Entre ellos, se hallaba el respeto a los principios de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones, todos ellos estrechamente vinculados con el principio de confianza legítima. Acerca de dicho principio, el Tribunal indicó que:

"La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario, de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento." (FJ 1)

Sin embargo, el Tribunal puntualizó que:

"[dicho principio] no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja". (FJ 1)

En relación con este primer criterio, el Tribunal indicó que la LRJPAC:

"[...] no es radicalmente contraria a estas conclusiones, si bien exige determinar el alcance del nuevo requisito establecido en el sentido de que la previsión de la indemnización y de su

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 493/1998

FECHA: 14 de febrero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Miguez

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3, 106 y 121 de la CE; artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal, de fomento y liberalización de la actividad económica

DOCTRINA: Liberalización de los servicios fúnebres. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por actos del legislador. Principios de buena fe y confianza legítima (FJ 1)

alcance arranque del propio acto legislativo que motiva la lesión [...]"

El segundo criterio al que se refirió el Tribunal, consistía en la "determinación de si los derechos o intereses de que ha resultado privado el eventual perjudicado han sido incorporados realmente a su patrimonio, o constituyen meras expectativas de derecho –no susceptibles de consideración desde el punto de vista de su titularidad por quien se cree llamado a hacerlas efectivas– o valores que pertenecen a la comunidad en su conjunto para cuya adquisición no se han cumplido todavía las cargas impuestas por el ordenamiento jurídico". (FJ 1)

El Tribunal indicó que en esa línea se había ya pronunciado el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia de 13 de febrero de 1997 había indicado que:

"[...] que en ella [la ley] no se disponga expresamente un cauce reparador, para compensar las prohibiciones y las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos." (FJ 1)

A continuación, el Tribunal se refirió al enclave normativo de la responsabilidad patrimonial por actos del legislador, indicando que ésta estaba contemplada por el artículo 9.3 de la CE y el artículo 139.3 de la LRJPAC, que como recordó el Tribunal:

"[...] recoge la doctrina jurisprudencial en el sentido antes expuesto de que habrá de estarse a lo que las propias leyes establezcan."

Refiriéndose a la jurisprudencia anterior a la LRJPAC, el Tribunal indicó que:

"[...] bajo el régimen anterior a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sólo cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes si existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable." (FJ 1)

Y, en relación con la LRJPAC, señaló que:

"La regulación contenida en el artículo 139.3 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común no es radicalmente contraria a estas conclusiones, si bien exige determinar el alcance del nuevo requisito establecido en el sentido de que la previsión de la indemnización y de su contenido arranque del propio acto legislativo que motiva la lesión, cuestión que los tribunales habrán de ir resolviendo, sin que sea procedente efectuar ahora afirmaciones categóricas, aunque creo que habrá de tenerse en cuenta lo antes dicho sobre la conexión entre lesión patrimonial y el mecanismo indemnizatorio de la responsabilidad patrimonial referido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1997, de tal modo que pueda distinguirse entre supuestos de previsión expresa del legislador en uno u otro sentido y supuestos de silencio, en los dos primeros habrá de estarse a lo efectivamente dispuesto sin olvidar, claro está, lo establecido en la Sentencia citada del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1997 y en el tercer supuesto habrá de avanzarse por el camino fijado por la jurisprudencia."

Dicho lo anterior, el Tribunal pasó a analizar si en el caso enjuiciado concurrían los requisitos esenciales para que pudiera hablarse de responsabilidad patrimonial, esto es, "daño efectivo, antijurídico e individualizado que sea consecuencia del actuar de la administración, en este caso, el legislador".

Tribunal Supremo. Liberalización de los servicios fúnebres. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por actos del legislador. Principios de buena fe y confianza legítima

SUPUESTO DE HECHO

El titular de una empresa de servicios funerarios, que tenía concedida en régimen de monopolio la prestación de dichos servicios en el municipio de Madrid, interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de julio de 1998, por el que se desestimaba la solicitud de indemnización por los daños causados como consecuencia de la entrada en vigor del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal, de fomento y liberalización de la actividad económica. El demandante pretendía la anulación del mencionado acuerdo, basándose en que el servicio al que se ha hecho referencia se había liberalizado sin contraprestación alguna ni el establecimiento de un periodo de adaptación.

El Tribunal desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente se consideraba en el derecho a ser indemnizado por el perjuicio que le suponía tener que concurrir en el mercado con otras empresas sin haber recibido contraprestación alguna y sin que se le hubiera dado la oportunidad de ajustar su economía a la nueva situación, al haber entrado en vigor inmediatamente la norma impugnada, lo que entendía una vulneración del principio de confianza legítima. Según el recurrente, existiría deber de indemnizar aun en el supuesto de que se considerase que el real decreto ley impugnado careciese de significado expropiatorio, pues, según éste, no tenía el deber jurídico

de soportar el mencionado perjuicio y en ese supuesto estaba permitida la indemnización.

Al respecto, consideró que no quedaba probada la existencia de un daño concreto por la situación de concurrencia en la prestación del servicio funerario con otras empresas, indicando que se estaba únicamente "ante una situación especulativa de que pudieran originarse perjuicios [...], pero [...] no se ha acreditado la existencia de lesión patrimonial efectiva individualizada".

Por ello el Tribunal consideró que, al no concurrir los requisitos del artículo 139 LRJPAC, procedía desestimar el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, ver las siguientes sentencias: STS de 17 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/1677); STS de 13 de julio de 1999 (Aranzadi 1999/7478); STS de 16 de septiembre de 1997 (Aranzadi 1997/6411), y STS de 18 de septiembre de 1997 (Aranzadi 1997/6917).

Reconociendo la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados a los particulares como consecuencia de la eliminación de cupos de pesca exentos de derechos arancelarios, ver las siguientes sentencias: STS de 5 de marzo de 1993 (Aranzadi 1993/1623) y STS de 27 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/4981).

El supuesto de hecho es muy similar al de la sentencia de las mismas fechas del mismo Tribunal (STS de 3 de abril de 2002), también con resultado desestimatorio, pero basándose en otros motivos.

Por las mismas fechas, en el mismo sentido, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de abril de 2002 (Aranzadi 2002/3423) y STS de 12 abril de 2002 (Aranzadi 2002/3466), STS de 11 de abril de 2002 (Aranzadi 2002/3464); STS de 4 abril de 2002 (Aranzadi 2002/3349), y STS de 14 marzo de 2002 (Aranzadi 2002/3004).

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 423/1998

FECHA: 3 de abril de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 139.3 y 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículo 86.3 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local; artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal, de fomento y liberalización de la actividad económica

DOCTRINA: Liberalización de los servicios fúnebres. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por actos del legislador. Principios de buena fe y confianza legítima (FJ 4, 5 y 6)

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó si el régimen establecido por el Real decreto ley 7/1996, de 7 de julio, tenía contenido expropiatorio. A tal efecto, el Tribunal recordó que, con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local dejaba en manos de los plenos de las corporaciones municipales la decisión de si el servicio al que se ha hecho referencia debía o no prestarse en régimen de monopolio, indicando que el municipio de Madrid había acordado prestarlo de acuerdo con dicho régimen. Según el Tribunal, el hecho de que el Real decreto ley derogase el régimen por el que venía prestandose dicho servicio, quedando sometida dicha actividad al régimen de previa autorización municipal, no suponía una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos, y por ello no había deber de indemnizar. En este sentido, el Tribunal se remitió a lo indicado en otras ocasiones por el mismo, donde, siguiendo la doctrina recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo 227, de 29 de noviembre de 1988, había indicado que:

“[...] las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, aunque impliquen una reforma restrictiva de derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no dan por sí solas derecho a una compensación indemnizatoria, sino que, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos, es ésta procedente teniendo en cuenta las exigencias del interés general.” (FJ 4)

Refiriéndose al caso enjuiciado, el Tribunal puntualizó que la norma impugnada suponía un cambio en la regulación de los servicios funerarios, pero no privaba a quienes los prestaba de la posibilidad de seguir ejerciendo su actividad, con lo que lo único que se había limitado era el modo de hacerlo.

En relación con la infracción de los principios de buena fe y confianza legítima que, según el recurrente, se había producido por la falta de medidas para adaptarse al nuevo régimen, el Tribunal admitió que aun cuando la norma no tuviera un contenido expropiatorio, podían haberse causado perjuicios a las empresas que prestaban dichos servicios, hecho que acarrearía el deber de indemnizar. Sin embargo, el Tribunal hizo dos puntualizaciones: en primer lugar, aclaró que la sustitución del sistema de monopolio a la libre competencia tenía como protagonistas tanto al legislador como a las corporaciones locales, que en su momento habían optado por el régimen de monopolio; en segundo lugar, el Tribunal apuntó que no era cierto que no se hubiera permitido a las empresas “acomodar o ajustar sus económicas al mercado libre”, por cuanto la supresión del régimen de monopolio precisaba de la aprobación de una ordenanza municipal que fijaran los requisitos de la mencionada autorización municipal. Según el Tribunal, dicha previsión

“[...] ha permitido a los ayuntamientos, que habían establecido previamente un régimen de monopolio, señalar aquellos requisitos objetivos que moderen las consecuencias del cambio sin grave quebranto para las empresas que con exclusividad atendían anteriormente el servicio, y que por el Ayuntamiento de Madrid se publicaron diez meses después de la entrada en vigor del aludido real decreto ley, una vez aprobada la correspondiente ordenanza.” (FJ 5)

A lo anterior, el Tribunal añadió que la obertura de los mercados representaba ciertas ventajas para las empresas, al disponer éstas de medios, infraestructura y experiencia de la que carecen las otras.

Por lo anterior el Tribunal consideró que no se había producido una vulneración de los principios aludidos, añadiendo que dicha liberalización era previsible dado el carácter excepcional

que el artículo 86 de la LBRL confiere al régimen de monopolio.

En último lugar, el Tribunal analizó si, pese a no considerarse el real decreto ley de naturaleza expropiatoria, se podría exigir indemnización en virtud de lo dispuesto por el artículo 139.3 de la LRJPAC, al existir en el ordenamiento jurídico español preceptos que contemplan la indemnizabilidad por el rescate de concesiones o en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración.

Al respecto, el Tribunal reconoció que, pese a referirse los preceptos citados a la Administración contratante, también cabía atribuir la responsabilidad a la Administración del Estado (artículos 139.3 y 140 de la LRJPAC), dada la actuación conjunta de ambas administraciones. Sin embargo, el Tribunal consideró que faltaba en el caso enjuiciado el requisito de la antijuridicidad de la acción, por tratarse de una reestructuración de los sistemas de gestión, indicando (según lo declarado por el Tribunal Constitucional en varias sentencias) que:

“[...] no existe aquélla ni derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las potestades innovadoras del ordenamiento jurídico o de las facultades autoorganizativas de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o en la configuración de un régimen jurídico anterior o se reestructuran sus sistemas de gestión, que es lo ocurrido en este caso, por lo que la entidad demandante tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias del cambio legislativo, que impide la prestación de los servicios funerarios en régimen de monopolio.” (FJ 7)

Por los motivos expuestos, el Tribunal desestimó el recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Expresando que las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho no dan por sí solas derecho a una compensación indemnizatoria, sino que es ésta procedente teniendo en cuenta las exigencias del interés general, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997/3983) (FJ 7) y STS de 18 de octubre de 1997 (Aranzadi 1997/7941) (FJ 8). Dichas sentencias siguen la doctrina recogida en la STC 227, de 29 de noviembre de 1988 (Aranzadi 1988/227) (FJ 11).

Sobre la exigencia del requisito de la antijuridicidad del daño, indicando que no existe aquélla ni derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las potestades innovadoras del ordenamiento jurídico o de las facultades autoorganizativas de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o en la configuración de un régimen jurídico anterior o se reestructuran sus sistemas de gestión, ver las siguientes sentencias: STC 37/1987 (Aranzadi 1987/37); STC 170/1989 (Aranzadi 1989/170); STC 41 RTC 1990, (Aranzadi 41/1990) y STC 42/1990; y STS 31 de octubre de 1992 (Aranzadi 1992/8075) (FJ 6).

Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, ver siguientes sentencias: STS de 17 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/1677); STS de 13 de julio de 1999 (Aranzadi 1999/7478); STS de 16 de septiembre de 1997 (Aranzadi 1997/6411) y STS de 18 de septiembre de 1997 (Aranzadi 1997/6917).

El supuesto de hecho es muy similar al de la sentencia de las mismas fechas del mismo Tribunal (STS de 3 de abril de 2002), también con resultado desestimatorio pero por otros motivos.

Por las mismas fechas, en un sentido similar, negando el carácter expropiatorio de la norma liberalizadora y la antijuridicidad del daño, ver la siguiente sentencia: STS de 7 mayo de 2002 (Aranzadi 2002/4425).

Por las mismas fechas, en un sentido similar, añadiendo la reflexión sobre si constituye una manifiesta conculcación

del principio de buena fe o de confianza legítima, por haber efectuado el empresario demandante importantes inversiones,

ver las siguientes sentencias: STS de 27 abril de 2002 (Aranzadi 2002/4255) y STS de 13 abril de 2002 (Aranzadi 2002/3957).

Tribunal Supremo. Cesión gratuita de solares de los ayuntamientos a empresas privadas municipales destinados a la promoción pública de viviendas

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Huelva acordó ceder gratuitamente a la empresa municipal de vivienda de Huelva un solar de propiedad municipal. En el caso concreto el solar estaba destinado a la promoción pública de viviendas de protección oficial pendientes de construir por la Consejería de Obras Públicas y Transportes, y fue el Plan Andaluz de la vivienda el que determinó que la promoción se llevara a cabo por el Ayuntamiento. Contra el acuerdo de cesión, una patronal de empresarios de la construcción interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado. Tras ello, el recurrente interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurso de casación formulado plantea esencialmente la cuestión de la compatibilidad de las sociedades mercantiles municipales para la promoción de la vivienda con el principio de libertad de empresa y libertad de mercado y con la normativa sobre libre competencia, en relación especialmente con la cesión gratuita de solares municipales a dichas empresas para la edificación de viviendas de promoción oficial.

El Tribunal conecta el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la CE), con el artículo 128 de la CE, que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales. Al hilo de esta reflexión definió que se debe entender por servicios públicos locales (“son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales”) y puntualizó que: “[...] la gestión de servicios públicos por medio de gestión directa no exige, en consecuencia, que se trate de los servicios esenciales comprendidos en el artículo 86.3 de dicha ley, sino que puede realizarse en otras materias en régimen de concurrencia con la iniciativa privada.” (FJ 3)

En lo relativo a la promoción de viviendas establece que “como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1992 (fundamento jurídico 5), la promoción y la gestión de viviendas, que envuelve una finalidad de carácter social, constituye un servicio público local que puede gestionarse de manera directa”.

Seguidamente, el Tribunal se refirió a cómo debía ser la actuación del poder público en el mundo económico de la negociación con empresas privadas. Al respecto, indicó: “[...] los poderes públicos no pueden realizar operaciones económicas que favorezcan de modo notable a una o varias empresas en perjuicio de otras. Sólo pueden hacerlo cuando lo imponga el ejercicio de facultades regladas o discrecionales que les atribuya el ordenamiento jurídico para conseguir sus fines, o cuando se trate de decisiones económicas razonablemente justificadas en las circunstancias del libre mercado”.

Dicho lo anterior, el Tribunal se fue acercando al caso enjuiciado, al referirse a las sociedades mercantiles municipales con función de promoción de la vivienda. De éstas indicó que debían someterse a las normas de la libre competencia, que no tenían que verse quebrantadas por la posible posición ventajosa de las que podían gozar dichas empresas. Ya centrado en el caso concreto (viabilidad de la cesión gratuita a favor de una empresa municipal), el Tribunal analizó el contenido del artículo 79.2 del

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 135/2001

FECHA: 26 de febrero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

DEMANDADO: Ayuntamiento de Huelva

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 38 y 128 de la CE; artículo 79.2 de 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); artículo 166 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (LS)

DOCTRINA: Cesión gratuita de solares de los ayuntamientos a empresas municipales destinados a la promoción pública de viviendas (FJ 3, 4, 5, 6, 21, 22, 23, 24, 25 y 26)

TRRL, que prohíbe ceder gratuitamente bienes muebles patrimoniales, “salvo a entidades o instituciones públicas y para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro”, indicando que las empresas privadas de carácter municipal no estaban incluidas en ninguno de los supuestos previstos por dicho precepto.

Pese a ello el Tribunal consideró que el hecho de no estar incluida la cesión en una de las causas contempladas por artículo 79.2 del TRRL no era suficiente para postular la nulidad de la cesión, como pretendía el recurrente.

En relación con la cesión, el Tribunal considera que no estaba acreditado que la cesión gratuita del solar tuviera suficiente entidad “como para ser susceptible de entrañar un reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento” (FJ 22), indicando al respecto que para ello “[...] hubiera sido necesario no sólo demostrar la trascendencia de dicha medida en el conjunto del mercado, sino también que la misma no se justifica suficientemente en función de las características de la empresa cesionaria frente al resto de empresarios o no viene acompañada de las adecuadas contrapartidas para garantizar la eficacia de la gestión desarrollada en orden a la mejor consecución del fin público perseguido”. (FJ 22).

Sin embargo, ni habiéndose demostrado la incidencia negativa en la competencia se hubiese podido declarar la nulidad, pues dicho resultado no estaba previsto. Como indicó el Tribunal: “[...] el artículo 19 de la Ley de defensa de la competencia –que reserva la nulidad para los casos más graves– prevé la posibilidad de la modificación de las ayudas públicas prestadas a las empresas y de la adopción de otras medidas encaminadas al restablecimiento de la competencia.” (FJ 23)

El Tribunal estuvo de acuerdo con el tribunal de instancia en que la cesión perseguía un fin “positivo y beneficioso para los habitantes del término municipal para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada como proclama el

artículo 47 de la Constitución”, y consideró que no se había producido una vulneración de las normas del Tratado de Roma (en especial, normas sobre la competencia), por el hecho de que la empresa hubiera sido beneficiaria de terrenos municipales.

A modo de conclusión, el Tribunal indicó que:

“[...] no se ha acreditado que la cesión a favor de la empresa –que es de capital íntegramente municipal y cumple una finalidad social enmarcada en las competencias del municipio, que le impone unas correlativas restricciones en orden a la mejor consecución de dicha finalidad garantizadas por su vinculación y el control ejercido por éste– no se justifica suficientemente en función de las características de la empresa concesionaria frente al resto de empresarios o no viene acompañada de las adecuadas contrapartidas para garantizar la eficacia de la gestión desarrollada en orden a la mejor consecución del fin público perseguido. Por lo demás, la comprobación por la Comisión de que una ayuda es incompatible con el Tratado podría dar

lugar, según el artículo 88 de la CE (del Tratado), a la decisión de que se suprima o modifique en un determinado plazo.” (FJ 27)

Por todo lo expuesto el Tribunal acordó la desestimación del recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la idea de que la promoción y la gestión de viviendas, que envuelve una finalidad de carácter social, constituye un servicio público local que puede gestionarse de manera directa, ver la siguiente sentencia: STS de 29 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/6988) (FJ 5).

Sobre que las mayores facilidades de una sociedad anónima municipal para obtener recursos procedentes del ente local que la ha constituido, constituye una consecuencia natural del origen del capital de dicha sociedad, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/6988); STS de 2 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/8853).

Tribunal Supremo. Devolución de cantidades exigidas en ejecución de reparcelaciones discontinuas incluidas en planes anulados. Carácter revisable de los actos administrativos dictados en aplicación de una disposición anulada

SUPUESTO DE HECHO

La Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid denegó a una empresa la solicitud de devolución de cierta cantidad de dinero, ingresada por el concepto de reparcelación económica de una finca. Contra dicha resolución, la mencionada empresa interpuso recurso de reposición, recurso que fue desestimado por silencio administrativo, contra lo cual la recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado. La corporación local interpuso recurso de casación contra dicho pronunciamiento, que fue estimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal de instancia había entendido que no podía ser de aplicación lo contenido en el artículo 120.1 de la LPA, indicando que: “pese a no haber interpuesto el administrado recurso alguno contra la liquidación practicada, no podía entrar en juego el límite establecido en el artículo 120.1 de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, por tratarse de una liquidación de carácter provisional.”

Sin embargo, el Tribunal Supremo interpretó el artículo 120 en un sentido distinto, por considerar que éste debía jugar como atemperante a la regla general del artículo 86.2 de la LJCA. Al respecto, el Tribunal se refirió a su jurisprudencia en casos similares. El Tribunal citó textualmente su Sentencia de 30 de marzo de 1993, en la que se indicaba lo siguiente:

“[...] por una parte, el que según se desprende de la exégesis del artículo 86.2 de la Ley jurisdiccional, mientras que las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación anulan una disposición general producen efectos *erga omnes*, quedando la misma sin efecto para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anulan un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, sólo los producen en cuanto a los que hubieren sido partes 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; y por otra parte, el que aunque en puridad de doctrina la declaración de unidad en una disposición general, por ser de pleno derecho, produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que 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

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 3562/1997

FECHA: 20 de marzo de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López

DEMANDADO: Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 86.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa; artículo 120 de la Ley de procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958 (LPA)

DOCTRINA: Devolución de cantidades exigidas en ejecución de reparcelaciones discontinuas incluidas en planes anulados. Carácter revisable de los actos administrativos dictados en aplicación de una disposición anulada (FJ 1)

atemperada por el artículo 120 de la Ley de procedimiento administrativo, en el que con indudable aplicabilidad tanto a 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 1)

Tras ello el Tribunal indicó que:

“[...] Los efectos de la declaración de nulidad de ciertos preceptos del Plan General Metropolitano de Madrid no le son extensibles en cuanto al decreto municipal por el que se le requirió el pago de ‘la carga contributiva provisional’ por la reparcelación discontinua que afectaba a una finca urbana del recurrente dada la indudable firmeza anterior de aquél al dictado de las sentencias que anularon los aludidos preceptos del ordenamiento jurídico-urbanístico de Madrid, por lo que es plenamente aplicable en el presente caso lo dispuesto en el artícu-

lo 120 de la antigua Ley de procedimiento administrativo de 1958.” (FJ 2)

En virtud de lo anterior el Tribunal acordó estimar el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la necesidad de considerar que se ha interpuesto un recurso de nulidad, aunque no se indique expresamente al impugnar un acto concreto, cuando haya indicios suficientes para que se inicie el correspondiente expediente, en un expediente de devolución de cantidades ingresadas en concepto de reparcelación económica al Ayuntamiento de Sevilla en virtud de preceptos de su Plan General de Ordenación Urbana, decla-

rados después nulos, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/9023) y STS de 23 de abril de 2001 (Aranzadi 2001/4673).

Sobre devolución de cantidades ingresadas en concepto de reparcelación económica discontinua del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, ver las siguientes sentencias: STS de 10 de diciembre de 1992 (Aranzadi 1992/9753) y de 30 de marzo de 1993 (Aranzadi 1993/2525), así como la de 30 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/9032), esta última dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina.

El contrapunto de dicha sentencia se halla en la STS de 14 de mayo de 2002 (Aranzadi 2002/4840).

Tribunal Supremo. Alcance de la declaración de nulidad de un plan general respecto de los actos firmes dictados en su aplicación. Requisitos para la interposición de la acción de nulidad. Carácter revisable de los actos administrativos dictados en aplicación de una disposición anulada

SUPUESTO DE HECHO

La Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla acordó denegar la petición de una compañía de seguros y reaseguros de que le fuera devuelta la cantidad de 222.553.463 pesetas que le había sido exigida como “carga contributiva indemnizatoria sustitutoria en expediente de reparcelación”. Contra dicho acuerdo, la mencionada compañía interpuso recurso de reposición, que fue desestimado. Contra ello, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, recurso que fue desestimado.

Contra la anterior resolución, la compañía de seguros interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. A dicha resolución, el magistrado Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero formuló un voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El tribunal de instancia fundamentó su decisión en que, pese a que las normas del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla reguladoras de la reparcelación económica habían sido declarados nulos, esa nulidad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 120 de la LPA de 1958, “no podía alcanzar a los actos firmes dictados en su aplicación, como sucedía en el acuerdo por el que se exigía el pago de la mencionada cantidad”.

El recurrente alegó como primer motivo de casación la incurción del tribunal en incongruencia omisiva, “por no haber examinado la legalidad de la reparcelación en cuya virtud se le exigió el pago de la cantidad” cuya devolución se pretendía. Al respecto, el tribunal respondió que no existía tal vulneración, pues coincidía con la sentencia de instancia en que ello no se podía volver a discutir por tratarse de un acto que había adquirido firmeza.

También se invocó la vulneración del artículo 39.2 de la LJCA. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que no se podía haber producido, por cuanto “en este proceso no se ha ejercitado una impugnación indirecta de un acto de aplicación de las normas del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla reguladoras de la reparcelación económica”. (FJ 3)

En relación con el artículo 62.1 de la LRJPAC, el recurrente entendía que el acto impugnado había incurrido en una causa de nulidad de pleno derecho por lesionar el principio de igualdad ante la ley. A ello el tribunal respondió que era intrascendente si efectivamente se había producido la vulneración alegada por cuanto no se había ejercitado no una acción de revisión del acto sino sólo una acción de devolución de ingresos indebidos, frente a la que sí cabe oponer la imposibilidad de revisar los

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 197/1997

FECHA: 14 de mayo de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho

DEMANDADO: Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 39.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA); artículo 120 de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA) y artículos 62.1 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (LRJPAC)

DOCTRINA: Alcance de la declaración de nulidad de un plan general respecto de los actos firmes dictados en su aplicación. Requisitos para la interposición de la acción de nulidad. Carácter revisable de los actos administrativos dictados en aplicación de una disposición anulada (FJ 3 y 5)

actos que adquieran firmeza. El tribunal se pronunció en los siguientes términos:

“[...] no se ha pedido [ante a Administración] la revisión del acto, conforme a lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, sino que se ha ejercitado una acción de devolución de ingresos indebidos y, frente a ésta, sí cabe oponer, como ha hecho el Tribunal de instancia, la naturaleza jurídica de lo debatido, y la imposibilidad de revisar actos que adquirieron firmeza.” (FJ 5)

Al respecto, el Tribunal invocó su propia jurisprudencia en relación con la declaración de nulidad, a propósito de la devolución de cantidades satisfechas en concepto de reparcelación económica al Ayuntamiento de Sevilla, en virtud de los preceptos de su plan general de ordenación urbana, declarados después nulos. En dichas sentencias el tribunal había indicado que:

“[...] tal declaración de nulidad, aunque no determina por sí misma la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en aplicación de aquellas normas, impone a la Administración interesada el deber de depurar si efectivamente tal nulidad concurre

en dichos actos cuando ante ella se plantea ese motivo, aunque formalmente en el escrito en que se suscita esa cuestión no se haya pedido la instrucción del oportuno expediente sino la devolución de las cantidades ingresadas por el administrado en cumplimiento de lo ordenado por dichos actos [...]” (FJ 5)

Sin embargo, el tribunal puntualizó que:

“[...] Pero la Administración no tiene, de oficio, el deber de revisar todos los actos dictados en aplicación de una disposición general declarada después nula ni, en este caso, le incumbía ese deber cuando la cita del artículo 102 de la Ley 30/1992 se efectuó por primera vez en el escrito de demanda.” (FJ 5)

En virtud de lo anterior el tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación.

VOTO PARTICULAR

El Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero formuló un voto particular a la sentencia dictada por el tribunal.

El magistrado admitía que la devolución solicitada pasaba por la declaración de nulidad que había traído causa a la devolución pedida. Sin embargo, no estaba de acuerdo en las condiciones que, según el tribunal, eran necesarias para la interposición de la acción de nulidad, entendiendo que en el caso enjuiciado se debía tener por interpuesta. Al respecto, con un planteamiento menos formalista que el tribunal y en la línea de lo indicado en las dos sentencias citadas por éste, afirmó que:

“[...]cuando de las argumentaciones empleadas puede inferirse, razonablemente, que se afirma la nulidad del acto originario la petición de devolución se sustenta en un ejercicio de la acción de nulidad, que se dirige contra aquel acto.”

A ello, y citando alegaciones del propio recurrente en relación con el ejercicio de la acción de nulidad, añadió que:

“[...] la acción de nulidad puede plantearse en cualquier momento, al amparo de lo establecido en el artículo 102.1 de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y [...] en aras al principio de economía procesal y a lo previsto en el artículo 110.2, puede entenderse que la reclamación que originó el presente recurso jurisdiccional lleva implícita la acción de nulidad.”

Dicho lo anterior, el magistrado indicó que había suficientes indicios como para considerar que el acto impugnado carecía de cobertura competencial, por falta de norma habilitante. El magistrado se manifestó como sigue:

“La sala de instancia excluye, sin razonamiento alguno, que el acto originario fuese nulo de pleno derecho, pero para obtener esa conclusión era necesario haber examinado el alcance de la nulidad de las normas anuladas del Plan en el acto originario. Quizá su examen podría haber llevado a afirmar la falta absoluta de cobertura competencial (por ausencia de norma habilitante) de los actos administrativos reparcelatorios originadores del ingreso cuya devolución se pretendía. Por eso, no hay duda, para mí, que la acción de nulidad formaba parte del debate.”

En virtud de ello, el magistrado consideró, en contra de la tesis mayoritaria, que el tribunal debía haber estimado el primer motivo de casación (incongruencia de la sentencia) y, consecuentemente, debería haber estimado el recurso, anulado la sentencia impugnada y ordenado a la Administración iniciar el procedimiento de nulidad del acto, desestimando el recurso en lo demás. Sin embargo, el magistrado puntualizó dicho pronunciamiento:

“[...] en absoluto determina el resultado final del mismo y que sólo supone la puesta en marcha del mecanismo revisorio previsto en el artículo 102 de la LRJ-PAC.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la necesidad de considerar que se ha interpuesto un recurso de nulidad, aunque no se indique expresamente al impugnar un acto concreto, cuando haya indicios suficientes para que se inicie el correspondiente expediente, en un expediente de devolución de cantidades satisfechas en concepto de reparcelación económica al Ayuntamiento de Sevilla en virtud de preceptos de su Plan General de Ordenación Urbana, declarados después nulos, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/9023) y STS de 23 de abril de 2001 (Aranzadi 2001/4673).

El contrapunto de dicha sentencia se halla en la STS de 14 de mayo de 2002 (Aranzadi 2002/4840).

Tribunal Supremo. Procedimiento para la elección y la proclamación de los presidentes de las corporaciones locales. Anulabilidad de la elección

SUPUESTO DE HECHO

Un concejal del Ayuntamiento de La Laguna interpuso recurso contencioso-administrativo contra la proclamación del alcalde y los decretos de la Alcaldía que establecían la composición de los órganos de gobierno municipal. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias inadmitió el recurso por considerar que se había seguido un procedimiento inadecuado, y consiguientemente extemporáneo, al haberse acudido al recurso contencioso-administrativo ordinario en vez del procedimiento previsto por los artículos 109 y siguientes de la LOREG. Dicha resolución fue recurrida en casación por los demandantes. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El primer motivo de casación formulado por el recurrente se refería a la inadmisibilidad declarada en la sentencia recurrida. Para resolver acerca de dicha inadmisión, el Tribunal analizó el procedimiento contemplado por el artículo 112 de la LOREG, con el fin de valorar si en el caso enjuiciado era necesario acudir al mismo o se podía seguir el procedimiento ordinario de impugnación.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 2787/1997

FECHA: 29 de mayo de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Rodolfo Soto Vázquez

DEMANDADO: Ayuntamiento de La Laguna

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 21 de la Ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL); artículos 109 y 112 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG); Ley de 27 de diciembre, de la jurisdicción contencioso-administrativa; artículos 1091, 1254, 1255, 1269 y de 1271 a 1273 del Código civil

DOCTRINA: Procedimiento para la elección y la proclamación de los presidentes de las corporaciones locales. Anulabilidad de la elección (FJ 3, 4, 5, 7 y 8)

Al respecto, el Tribunal indicó que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han destacado en numerosas ocasiones la exclusividad del procedimiento regulado en los artículos 109 y 112 de la LOREG para resolver acerca de los procedimientos electorales, en virtud del principio de especialidad, que “impide y desplaza la posibilidad de acudir a otro en su situación”. El Tribunal citó varias resoluciones de ambos tribunales, indicando que: “En todas [...] ha quedado claramente establecido que el recurso especial de que se trata es el único procedimiento habilitado, bien para combatir la proclamación de candidaturas (artículo 49 de la ley citada), bien para impugnar los acuerdos de proclamación de los candidatos electos, o la designación de los presidentes de las corporaciones locales”.

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluyó que:

“No cabe, por tanto, sostener que la razón de preferencia y sumariidad atribuible al procedimiento del artículo 112 de la LOREG pueda permitir prescindir de la exclusividad que la ley y la doctrina jurisprudencial le atribuyen en orden a la adecuación para decidir sobre la validez de la proclamación a que se refiere el artículo 109, y admitir en consecuencia que sea posible acudir al procedimiento contencioso ordinario para obtener ese mismo resultado.” (FJ 3)

Sin embargo, el recurrente alegaba que la impugnación del nombramiento del alcalde de La Laguna no se basaba en una infracción del procedimiento electoral sino en una “maquinación dolosa urdida para determinar el sentido de la votación”, que conllevo el incumplimiento del pacto político que permitió que su grupo político votara a favor del nombramiento del alcalde. Según el recurrente, ello constituía una infracción de la legalidad ordinaria y, por tanto, su revisión podía efectuarse por el procedimiento general.

Al respecto, el Tribunal destacó que el procedimiento contencioso electoral sólo era aplicable para la subsanación de ciertos vicios del procedimiento electoral, indicando que, tal como se desprende de ciertas sentencias del Tribunal Constitucional:

“[...] el procedimiento contencioso electoral, propiamente dicho, no tiene por objeto la subsanación de cualquier ilegalidad detectada a lo largo del procedimiento, ni aun las de carácter estrictamente electoral, puesto que: ‘dicho procedimiento especial está concebido únicamente para reparar lesiones de derechos fundamentales cometidas en el proceso de proclamación de candidatos’; ‘sólo las irregularidades o infracciones cometidas en los actos de las juntas electorales referidos a esa proclamación pueden ser las que motiven la impugnación de esos acuerdos, sin que sea admisible, por ser contrario a ese principio, que se traigan a este concreto recurso actos del procedimiento electoral anteriores al que es objeto del especial recurso [...]’.”

Dicho lo anterior, el Tribunal centró el debate en determinar “si el recurso contencioso electoral del artículo 112 [...] es el único remedio procesal idóneo para resolver, en todo caso, sobre la validez de la misma, y ello aunque la impugnación no se base en la infracción de preceptos de la legislación electoral sino en motivos de legalidad ordinaria sustancialmente ajenos a los términos, las condiciones y los requisitos establecidos por la LOREG, y que por su misma naturaleza incluso no hubiesen podido ser conocidos en el momento de la proclamación mencionada”. (FJ 4)

Al respecto, el Tribunal consideró que, si bien había que admitir que para las infracciones de la legislación electoral, o los errores dimanantes del escrutinio realizado que pudieran influir en la elección de los candidatos electos “o de los presidentes de las corporaciones locales, sólo podían hacerse valer por el procedimiento específico del artículo 112, “no ha de resultar impertinente acudir al procedimiento contencioso ordinario

para impugnarla, en los casos en que el supuesto vicio invalidante esté originado por vulneraciones cometidas en otros campos de la normativa jurídica que hayan podido influir decisivamente en el resultado electoral obtenido, siquiera no haya podido exteriorizarse su existencia hasta transcurridos los tres días siguientes a la proclamación”. (FJ 5)

Impedirlo, según el Tribunal, “significaría tanto como privar de toda posibilidad procesal de impugnar el resultado de un acto jurídicamente nulo, con el quebrantamiento de ese mismo principio de tutela judicial y de la prohibición de indefensión que lleva consigo”. (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal estimó el motivo de casación, casando y anulando la sentencia recurrida sin necesidad de entrar en el resto de motivos y atribuyéndose la jurisdicción para resolver el tema planteado.

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal pasó a analizar si procedía la anulación del nombramiento del alcalde de La Laguna. Al respecto, el recurrente alegaba que se había incumplido el pacto concertado días antes de la constitución del Ayuntamiento entre dos fuerzas políticas concurrentes en las elecciones, en que la que finalmente salió elegida la que había prometido a la otra determinados cargos municipales a cambio de su apoyo. Según el recurrente ello era constitutivo de una infracción de los artículos 109, 1254 y 1255 del Código civil.

Sobre esta cuestión el Tribunal indicó que el pacto al que se refería el recurrente se trataba de un mero pacto inscribible en el contexto de un convenio de naturaleza esencialmente política. Según el Tribunal, esa naturaleza y el conocimiento de la posibilidad de que se produjeran dichas vicisitudes en él hacían que el mencionado pacto no pudiera considerarse un engaño en el sentido del artículo 1269 del Código civil. Al respecto, el Tribunal indicó que:

“La conclusión de los pactos políticos, al igual que las promesas electorales, no engendra la existencia de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles en caso de incumplimiento.” (FJ 7)

Y es que, según el Tribunal:

“Sostener lo contrario equivaldría a habilitar un medio procesal que podría llegar incluso a impugnar la validez de las elecciones en caso de incumplimiento total o parcial del correspondiente programa electoral, cuando la corrección de dichos incumplimientos ha de encontrar su cauce adecuado a través del rechazo manifestado por la participación ciudadana en ulteriores comicios.” (FJ 7)

En virtud de lo anterior el Tribunal consideró que no podía acogerse dicho argumento.

A continuación, el Tribunal pasó a analizar la procedencia de declarar la nulidad de ciertos acuerdos adoptados por el alcalde en virtud de lo dispuesto en los artículos 62.1.a) y 62.2, invocados por el recurrente. Al respecto, el Tribunal consideró que, como quiera que no se podía sostener el argumento de que se hubiera producido la nulidad de la elección del recurrente, en consecuencia, tampoco se podía predicar la nulidad de impugnar válidamente los nombramientos del mismo, indicando al respecto que:

“No existe un derecho de los concejales de la fuerza política cofirmante del pacto de gobierno a ser investidos del cargo público que reclaman, salvo que pudiese fundarse en una violación de los artículos 23 y 103 de la Constitución.” (FJ 8)

Entrando a analizar si se podía considerar infringido el artículo 103 de la CE, el Tribunal indicó que:

“Para que pudiese tener éxito el argumento sería necesario que la facultad de designación por parte del alcalde estuviese constreñida de algún modo, bien por la existencia de un acuerdo en contrario válido y obligatorio —que no es el caso—, bien

porque fuese dable sostener que el pluralismo político que debe reinar en los ayuntamientos democráticos impone, de por sí, una indudable restricción de esa facultad, conferida por el artículo 21 de la LBRL.” (FJ 8)

Finalmente, el Tribunal concluyó que:

“No aparece acreditado ese evidente desajuste entre el legítimo uso de la potestad discrecional conferida y los intereses públicos que debe perseguirse con su ejercicio [...] y que justificaría la arbitrariedad denunciada. Ni tampoco conceptos tan genéricos como el reconocimiento de la participación política (ya cumplida a través de la libre elección de los concejales) puede suponer limitación para la libre designación de los miembros del equipo gobernante, o delegación autorizada de determinadas atribuciones, que se confiere al regidor municipal.”

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Procedimientos sancionadores iniciados por más de una comunidad autónoma por infracciones de carácter continuado. Los principios de “non bis in idem”, proporcionalidad y culpabilidad. Competencia para instruir y sancionar

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa de venta por catálogo efectuó una promoción publicitaria en la que se indicaba: “La dirección de X ha otorgado un regalo excepcional: un vídeo. Recibir o no su vídeo depende de Ud. Sólo podemos hacer efectivo el envío de su vídeo si su respuesta nos llega en el plazo previsto [...]. Si pasados 15 días no tenemos su respuesta tendré que devolver su aviso de expedición a contabilidad para que den de baja su vídeo.” Dicha promoción se efectuó desde Barcelona e iba dirigida a una pluralidad de clientes de diversos puntos de España.

Como consecuencia de la mencionada promoción el Servicio Territorial de Barcelona del Departamento de Industria y Comercio de la Generalitat de Cataluña recibió setenta y nueve denuncias, hecho que motivó la actuación de la Inspección de Servicio de la Generalitat, que extendió acta de que no se había efectuado sorteo alguno y el regalo era una cinta de vídeo. Lo anterior condujo a la incoación de un expediente sancionador por parte del departamento mencionado, por publicidad susceptible de error a las personas a las que va dirigida. Finalmente se impuso a la mencionada entidad “una sanción de 1.280.000 ptas. de multa como responsable de una infracción administrativa en materia de protección del consumidor prevista y sancionada en el artículo 3.g) de la Ley catalana 1/1990, de 8 de enero, sobre disciplina del mercado y de la defensa de los consumidores y usuarios en relación con los artículos 3 y 4.b) de la Ley general de publicidad 34/1988, de 11 de noviembre (RCL 1988, 2279), calificada como grave por concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 9.1.b) de la Ley 1/1990”.

Frente a dicha sanción se interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que aprobó el desistimiento de la parte recurrente y se acordó el archivo del recurso, con devolución del expediente a la Administración.

Por su parte, a raíz de una denuncia formulada por una destinataria de la mencionada promoción, la Delegación Provincial de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ordenó la incoación de un expediente sancionador a la misma entidad mercantil, en este caso por “vulneración de lo establecido en el artículo 8.3 de la Ley general de publicidad 34/1988, de 11 de noviembre –publicidad engañosas o falsa de productos, servicios o actividades–, en relación con el artículo 34.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios que tipifica como fraude de la generación de una situación que induce a engaño”. En

Por los motivos expuestos, el Tribunal desestimó el recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el carácter exclusivo del procedimiento contencioso regulado en los artículos 109, 112 y concordantes de la LOREG para resolver sobre los resultados electorales que, en virtud del principio de especialidad, impide y desplaza la posibilidad de acudir a cualquier otro en su sustitución, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de octubre de 1995 (Aranzadi 1995/7574); STS de 25 de mayo de 1996 (Aranzadi 1996/4644); STS de 9 de junio de 2000 (Aranzadi 2000/7097), y, muy especialmente, la STS de 28 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/1155).

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 2229/1998

RESOLUCIÓN: 372/2002

FECHA: 7 de junio de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Vicente Rouco Rodríguez

DEMANDADO: Dirección General de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (LRJPAC)

DOCTRINA: Los principios de *non bis in idem*, proporcionalidad y culpabilidad. Procedimientos sancionadores iniciados por más de una comunidad autónoma por infracciones de carácter continuado. Competencia para instruir y sancionar (FJ 3, 4 y 5)

dicho expediente se confirmaba la existencia de un segundo comunicado en que se describían las características técnicas del vídeo.

El expediente concluyó por resolución de la Dirección General de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por la que se imponía a la mencionada entidad “dos multas de 1.250.000 ptas. (total 2.500.000 ptas.) como responsable de dos infracciones graves en materia de protección del consumidor previstas y sancionadas en el artículo 34.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, al ofrecer pero no entregar gratuitamente a dicha denunciante sucesivamente un vídeo y una cinta de vídeo”.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso ordinario, tras lo cual se interpuso el presente recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, recurso que declaró la nulidad de pleno derecho de las resoluciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha recurridas, sin entrar en el fondo de la cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La parte recurrente alegó la vulneración del principio *non bis in idem* (artículo 25 de la CE), por haberse producido una duplicidad de sanciones sobre el mismo sujeto y el mismo hecho. También invocó la incompetencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la instrucción y la resolución del expediente sancionador incoado, alegando que el domicilio social de la empresa expedientada se hallaba en Cataluña, que sería el punto de conexión determinante de la competencia cuando los hechos sobrepasen los límites territoriales de una comunidad autónoma.

En relación con el principio *non bis in idem*, el Tribunal indicó que el mismo, consagrado por el artículo 25 de la CE y considerado como un derecho fundamental del sancionado, no se limita a determinar la interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de los mismos hechos, sino que éste “es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva”. (FJ 3)

Lo contrario, según el Tribunal, supondría una contravención del principio de proporcionalidad. Al respecto, el Tribunal indicó que debe existir una adecuación entre la gravedad de la sanción y de la infracción. Ello, según indicó el Tribunal, exige que las sanciones sean proporcionales a la calificación. A ello, el Tribunal añadió que:

“[...] aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como ‘autosuficiente’ desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido.” (FJ 3)

El Tribunal destacó la aplicabilidad de los planteamientos anteriores al ámbito del derecho administrativo sancionador (artículo 133 de la LRJPAC). Sin embargo, consideró que en el caso enjuiciado no se había producido vulneración de dicho principio.

Aún así, como indicó el Tribunal:

“[...] aunque la promoción tiene un designio unificador o común, aun cuando la técnica comercial perseguida es la misma y la ocasión o medio utilizado es idéntico en todos los casos, no podemos olvidar que va dirigida a una pluralidad de destinatarios, consumidores y usuarios concretos, cuyos derechos e intereses no sólo colectivos sino también individuales protegen la norma en la medida en que puedan quedar personal y directamente menoscabados por la conducta imputada, por lo cual a la hora de decidir si concurre una identidad de sujetos que excluiría la posible instrucción de procedimientos y sanciones administrativas no podemos pasar por alto este dato que individualiza cada caso en la medida en que también el interés jurídico concreto de cada consumidor tiene derecho a ser tomado en cuenta y valorado a la hora de apreciar y calificar la conducta o el comportamiento.”

Por lo anterior, el Tribunal concluyó que:

“[...] pese a que en el ítem de comportamiento concurren elementos comunes y el fundamento de la sanción es sustancialmente igual, en el plano de los sujetos concurren elementos diferenciales que hacen que no podamos entender vulnerado el principio *non bis in idem*.” (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal entró a analizar la segunda alegación del recurrente, relativa a la incompetencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la instrucción y la

resolución del expediente sancionador, por tener la empresa sancionada el domicilio en la Comunidad Autónoma de Cataluña, que sería el punto de conexión.

El respecto, pese a no estar de acuerdo con los motivos invocados por el recurrente, el Tribunal admitió que:

“[...] existen elementos comunes que no pueden omitirse acudiendo sin más al expediente de la sanción separada por el hecho de que los efectos de la infracción se hayan producido en relación con personas que tienen su domicilio en diferentes comunidades autónomas afectando a los intereses y bienes jurídicos que como consumidores de sus mercados, unos consumidores y unos mercados interiores que tienen potestades para tutelar por la vía del ejercicio de competencias transferidas y que han asumido o bien plenamente o bien en virtud del desarrollo posterior de sus estatutos de autonomía.” (FJ 4)

Según el Tribunal:

“[...] ello daría lugar a una exacerbación punitiva incompatible con las exigencias de una técnica sancionadora que cada vez más por exigencias del principio de culpabilidad y de proporcionalidad consagrados en materia penal y sancionadora por el artículo 25 de la CE debe atender a la realidad de que todo parte de lo que se ha dado en definir en derecho penal como continuidad delictiva y que puede trasladarse también, en ausencia de normas explícitas, al terreno del derecho administrativo sancionador por obra de esos mismos principios constitucionales. Además de provocar enjuiciamientos y soluciones contradictorias.” (FJ 4)

Por lo anterior, el Tribunal consideró necesario el buscar un criterio que permitiera determinar qué comunidad autónoma debía conocer de un expediente sancionador cuando más de una habían iniciado expedientes de esa naturaleza “ante una infracción que se evidenciaba como continuada, esto es, una infracción realizada aprovechando idéntica ocasión o motivo, con medios comisivos análogos, que atenta contra idénticos o semejantes bienes jurídicos si bien con una pluralidad diferenciada de sujetos pasivos o de consumidores perjudicados, con domicilio en el territorio en el que ejercen competencias en materia de consumo otras administraciones autonómicas”. (FJ 4)

Al respecto, el Tribunal destacó la existencia de una laguna legal. Para llenar dicho vacío el Tribunal entendió que la solución tenía que venir dada por aplicación de las soluciones dadas en el ámbito del derecho penal, en concreto lo indicado en relación con los delitos continuados. El Tribunal se manifestó como sigue:

“[...] lo más racional es trasladar al campo del derecho administrativo sancionador las soluciones que la ley y la jurisprudencia han aplicado en el campo del derecho penal cuando nos hallamos en presencia de los denominados delitos continuados que se resuelven acudiendo a las reglas de competencia de la LECrim para los delitos conexos, concretamente en el artículo 18, completadas con las reglas de competencia ordinarias contenidas en los precedentes preceptos.” (FJ 5)

Aplicando lo anterior al caso de autos, el Tribunal consideró que:

“[...] ha de resolverse por el criterio de la preferencia de la Administración que abstractamente podía imponer sanción mayor y que primero comenzó con la instrucción del expediente sancionador, que no es otra que la de la Generalitat de Cataluña, a la que debió haberse comunicado la denuncia tal y como solicitó la denunciada al primer escrito de alegaciones. Al no hacerlo así la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha incurrió en el vicio de incompetencia denunciado y en consecuencia procede declarar la nulidad de pleno derecho de las resoluciones recurridas, sin entrar en el fondo de la cuestión”. (FJ 5)

Por lo anterior, el Tribunal estimó el recurso, anulando los actos impugnados.

Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Establecimiento, a través de ordenanza municipal, de las distancias entre plantas arbóreas de los distintos predios. Principio de igualdad y no-discriminación

SUPUESTO DE HECHO

El Pleno del Ayuntamiento de Caravia aprobó definitivamente la Ordenanza reguladora de plantaciones y talas forestales, tasas y fianzas para el otorgamiento de licencias por utilización de viales públicos. Dicha ordenanza fue impugnada por la Asociación Forestal X, que interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando que “se declare nula, anule o revoque y deje sin efecto la mencionada ordenanza”.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias estimó parcialmente el recurso, acordando la anulación del acuerdo por el que se aprobó dicha ordenanza, por haber omitido trámites esenciales en su aprobación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba en primer lugar que la regulación de la distancia entre plantaciones era de naturaleza privada y que como tal ésta venía establecida por el artículo 591 del Código civil y el Decreto 2661/1976, de 19 de octubre, que regula la distancia entre plantaciones y fincas colindantes.

Sin embargo, el Tribunal consideró que la ordenanza impugnada no “los límites normativos derivados de la naturaleza privada de la materia que regula en lo relativo a las distancias entre fincas de particulares, pues el artículo 591 del Código civil establece que ‘no se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino a la distancia autorizada por las ordenanzas o la costumbre del lugar [...]’, y si bien las servidumbres que impone la ley en interés de los particulares o por causa de utilidad pública se regirán con carácter general por las disposiciones del título VII del libro II de dicho cuerpo normativo, ello lo será sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, los reglamentos y las ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural (artículo 551), y con tal carácter se desarrolla el contenido del artículo 2 de la ordenanza al regular las distancias de las plantaciones en colindancia con cultivos agrícolas o pradería en virtud de la potestad de los ayuntamientos para conceder licencias urbanísticas que le permiten regular y establecer una tasa sobre las plantaciones, su aprovechamiento y explotación de las distintas especies arbóreas.”

La segunda alegación del recurrente se refería a la nulidad de una fianza establecida en la ordenanza “para responder de los daños y los perjuicios que se pudieran ocasionar en los caminos públicos”. El recurrente entendía que se debía declarar la nulidad al entender que “tan sólo se impone por usos forestales cuando los caminos rurales responden a otros usos más habituales y cotidianos como tareas agrícolas y ganaderas y extracción de áridos, entendiéndose que es aplicable exclusivamente, según el artículo 46 de la Ley reguladora de las haciendas locales, a los precios públicos y que vulnera el principio constitucional de igualdad y no-discriminación.”

Acerca de la posible vulneración del artículo 46 de la LHL, el Tribunal indicó que no se producía tal vulneración por cuanto la fianza o depósito escapaba del alcance de dicho artículo, por no constituir la ordenanza impugnada ninguna tasa ni precio público “sino un medio para garantizar el resarcimiento de los daños que pudieran ocasionarse en los caminos públicos”. Así, según el Tribunal, se trataba de “conceptos independientes que obedecen a distintas razones, una la utilización privativa o el aprovechamiento especial que determina la imposición de una tasa y la otra la reparación de los daños y perjuicios que excedan de su normal aprovechamiento”. Por ello el Tribunal consideró que no se había producido la vulneración del artículo mencionado.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 2339/1998

RESOLUCIÓN: 543/2002

FECHA: 4 de junio de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Luis Querol Carceller

DEMANDADO: Ayuntamiento de Caravia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 14 de la CE; artículo 591 del Código civil; artículo 46 de la Ley reguladora de las haciendas locales (LHL); artículo 25 de la Ley 8/1989, de tasas y precios públicos, y el Decreto 2661/1967, de 19 de octubre, por el que se aprueban las ordenanzas a las que han de someterse las plantaciones forestales en cuanto a la distancia que han de respetar con las fincas colindantes

DOCTRINA: Establecimiento, a través de ordenanza municipal, de las distancias entre plantas arbóreas de los distintos predios. Principio de igualdad y no-discriminación (FJ 2 y 4)

En cuanto al principio constitucional de no-discriminación, el Tribunal también resolvió en un sentido distinto a lo alegado por el recurrente. Éste consideraba que se producía una vulneración del mencionado principio por discriminar ciertos transportes con respecto a otros con finalidades distintas. Sin embargo, el Tribunal apuntó que el establecimiento de dichos aspectos era “competencia de los ayuntamientos que pueden decidir en qué casos las establecen y en cuáles no” y que guardaba relación con la potestad autoorganizadora de los mismos. A lo anterior había que añadir la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al principio de igualdad. Éste ha venido sosteniendo que no toda desigualdad de trato supone una infracción del artículo 14 de la CE, sino que deben darse ciertas circunstancias. El Tribunal citó textualmente la STC 76/1990, de 26 de abril, en la que se indicaba lo siguiente:

“a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o la introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente ilícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando

resultados especialmente gravosos o desmedidos' (fundamento jurídico 10)." (FJ 4)

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluyó que no se había producido una vulneración del principio de igualdad.

A pesar de desestimar los motivos expuestos, el Tribunal anula la ordenanza al haber omitido trámites esenciales para su aprobación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Considerando que los ayuntamientos tienen competencia para fijar las distancias entre plantas arbóreas de distintos predios y que carecen, sin embargo y salvo delegación expresa, de atribuciones en orden a regular con carácter general las plantaciones de árboles en terrenos rústicos de los particulares, ver las

siguientes sentencias: STSJ de Castilla y León de 29 de diciembre de 2000 y STSJ de Castilla y León de 13 de diciembre de 2001.

Sobre el principio de igualdad ante la ley, ver la siguiente sentencia: STC 76/1990, de 26 de abril (Aranzadi 1990/76).

Sobre la posible vulneración del artículo 591 del Código civil por la regulación en una ordenanza municipal de la distancia preceptiva entre plantaciones colindantes, ver la siguiente sentencia: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 43/2002, de 4 de junio de 2002 (Aranzadi 2002/1199).

Por las mismas fechas, negando la competencia del municipio para establecer la distancia entre árboles, ver la siguiente sentencia: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 799/2002, de 4 de junio (Aranzadi 2002/209908).

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Establecimiento, a través de ordenanza municipal, de las distancias entre plantas arbóreas de los distintos predios.

SUPUESTO DE HECHO

El alcalde del Ayuntamiento Villamandos dictó resolución en la que se requería al Sr. H. R. que arrancara varias filas de chopos de la finca de la que era propietario, bajo apercibimiento de ejecución subsidiaria. En dicha resolución se alegaba el incumplimiento de la ordenanza reguladora de ese tipo de plantaciones en el mencionado municipio. Contra la misma, el Sr. H. R. interpuso un recurso contencioso-administrativo, solicitando que se declarase no ser conforme a derecho el acto impugnado por ser ilegal la ordenanza municipal en cuya virtud se dictó (impugnación indirecta, *ex* artículo 39.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa), y que se declarase asimismo su derecho a la reposición de los árboles arrancados por el Ayuntamiento, condenando dicha Administración a la indemnización por los daños y los perjuicios sufridos.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró que los artículos 2,3,4,5 y 7 de la ordenanza en cuya virtud se había dictado el acto impugnado debían declararse ilegales por carecer de norma legal de atribución competencial.

El Tribunal profundizó sobre la ilegalidad del artículo 7 de la ordenanza, al que se remiten los artículos 2 y 3 de la misma, que establecen la necesidad de obtener un permiso municipal para llevar a cabo ciertas plantaciones. Al respecto, el Tribunal se refirió a otras sentencias dictadas por el mismo, en las que ya había afirmado para supuestos similares que el sometimiento a previa licencia municipal de las plantaciones de que se trataba no se podía considerar conforme a derecho por falta de cobertura legal. En su Sentencia de 9 de julio de 1998 éste indicó que:

"[...] si bien el artículo 84.1 de la Ley 7/1985 autoriza a las corporaciones locales a intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los medios que en el mismo se indican, y entre ellos figura el sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, ello no ha de interpretarse como una potestad para exigir una previa licencia sobre cualquier actividad de los particulares, sino sólo en los casos en que la ley así lo indique, máxime en un supuesto en que el propio Código civil establece en su artículo 350 –y en lo que no esté afectado por leyes posteriores– que la plantación por el titular del predio supone el ejercicio de facultades que están en el derecho de propiedad." (FJ 2)

ÓRGANO: Tribunal Superior de Castilla y León, Valladolid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 2733/1997

RESOLUCIÓN: 799/2002

FECHA: 4 de junio de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Javier Oraá González

DEMANDADO: Ayuntamiento de Villamandos (León)

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 84.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL); artículo 591 del Código civil; artículo 178 del Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del suelo (LS); artículo 1.16 del Real decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y la aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y la ordenación urbana (RDU)

DOCTRINA: Establecimiento, a través de ordenanza municipal, de las distancias entre plantas arbóreas de los distintos predios. Exigencia de licencia municipal para realizar plantaciones de árboles (FJ 2)

En la línea de lo anterior, el Tribunal también citó el artículo 178 LS de 1976 del que dijo que "establece los supuestos de actos de edificación y uso del suelo que están sujetos a previa licencia y entre ellos no figura expresamente la plantación de que aquí se trata" (FJ 2). El Tribunal destacó asimismo que el RDU tampoco exigía dicha licencia, si bien "sí contempla, en el artículo 1.16, 'la corta de árboles integrados en masa arbórea que esté enclavada en terrenos para los que exista un plan de ordenación aprobado'".

En relación con dichos preceptos, e introduciendo el elemento de la competencia para la aprobación de los planes urbanísticos, el Tribunal puntualizó que, si bien era cierto que éstos "no contienen una regulación exhaustiva de los supuestos de actos de edificación y uso del suelo sujetos a previa licencia, pues remiten –aparte de los expresamente contemplados en esos preceptos– 'a los demás actos que señalen los planes' [...]", no lo era menos que "[...] esta remisión tampoco sirve para dar

cobertura al precepto de la ordenanza que se examina, pues los planes urbanísticos tienen un procedimiento específico para su aprobación y, lo que es más importante en este momento, su aprobación definitiva, para el caso que nos ocupa, no corresponde al propio Ayuntamiento, sino al órgano competente de la comunidad autónoma.”

El Tribunal también se refirió al artículo 591 del Código civil, del que dijo que:

“[...] tampoco [...] autoriza al Ayuntamiento a ordenar que se arranquen los árboles plantados a menor distancia de la prevista, y ello sin perjuicio de que el propietario que se considere perjudicado por la plantación efectuada acuda a la jurisdicción civil en defensa de sus derechos”.

En este sentido, citó una sentencia del Tribunal Supremo, en la que “si bien se desestima el recurso, no se niega la competencia de dicho orden jurisdiccional para conocer del asunto en el que se plantea, entre otras cuestiones, el levantamiento del arbolado a instancia de otro propietario en aplicación del artículo 591 del CC.”

Por todo ello, el Tribunal concluyó que los artículos 2, 3 y 7 de la ordenanza impugnada carecían de cobertura legal y que, por ello,

“[...] ha de concluirse que la obligación del permiso municipal para llevar a cabo las plantaciones referidas contenida en los artículos 2 y 3 de la ordenanza (a los que se remite el 7) no es conforme a derecho, y que tampoco lo es la consecuencia de que el Ayuntamiento ordene el arranque de las plantaciones efectuadas sin ajustarse a la ordenanza municipal, o que el mismo lleve a cabo ese ‘arranque’ de oficio y a costa del infractor, como se dispone en el artículo 7, pues es claro que si es ilegal la obligación impuesta por el Ayuntamiento de la obtención del permiso de que se trata, también lo es que pueda ordenar el arranque de las plantaciones por no tener ese permiso, así como que el mismo pueda llevarlo a cabo como ejecución subsidiaria.” (FJ 2)

En virtud de lo anterior, el Tribunal estimó el recurso, acordando la anulación de la resolución impugnada, condenando al Ayuntamiento demandado a indemnizar al actor en (3.919,72 €) y declarando la nulidad de los artículos 2, 3, 4 y 7 de la Ordenanza reguladora de plantaciones en el término municipal de Villamandos.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Que los ayuntamientos tienen competencia para fijar las distancias entre plantas arbóreas de distintos predios y que carecen, sin embargo y salvo delegación expresa, de atribuciones en orden a regular con carácter general las plantaciones de árboles en terrenos rústicos de los particulares, ver las siguientes sentencias del: STSJ de Castilla y León de 29 de diciembre de 2000 y STSJ de Castilla y León de 13 de diciembre de 2001.

Sobre la no-conformidad a derecho del sometimiento a licencia municipal de ciertas plantaciones por falta de cobertura legal, en un caso en que se enjuiciaba un acuerdo que ordenaba arrancar árboles plantados a una distancia inferior a la mínima señalada, ver la siguiente sentencia: STSJ de Castilla y León de 9 de julio de 1998.

Sobre un caso en el que, si bien se desestima el recurso, no se niega la competencia de dicho orden jurisdiccional para conocer del asunto en el que se plantea, entre otras cuestiones, el levantamiento del arbolado a instancia de otro propietario en aplicación del artículo 591 del CC, ver la siguiente sentencia: STS de 19 de mayo de 1989.

Por las mismas fechas, sobre la posible vulneración del artículo 591 del Código civil por la regulación en una ordenanza municipal de la distancia preceptiva entre plantaciones colindantes, ver la siguiente sentencia: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 43/2002, de 4 de junio de 2002 (Aranzadi 2002/1199).

Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Liberalización de los servicios funerarios. Responsabilidad de los ayuntamientos por el contenido de las ordenanzas aprobadas para la adaptación al ordenamiento jurídico estatal.

SUPUESTO DE HECHO

El titular de una concesión para la prestación del servicio de pompas fúnebres y traslado de cadáveres en el término municipal de Barbastro reclamó al Ayuntamiento de dicho municipio una indemnización por responsabilidad patrimonial por variación de las condiciones de la concesión en su día otorgada.

El plenario del mencionado municipio había acordado la ampliación del plazo de la concesión y la construcción de un nuevo tanatorio para el servicio funerario prestado por la entidad actora, que presentó un proyecto, aprobado posteriormente por el Ayuntamiento.

Tras la publicación del Real decreto ley 7/1996, en cuyo artículo 22 se decidía la liberalización de los servicios funerarios, el Ayuntamiento mencionado aprobó una nueva ordenanza, en cuya disposición transitoria se indicaba lo siguiente:

“El titular del ejercicio de actividad funeraria vigente en el término municipal con anterioridad a la entrada en vigor del Real decreto ley 7/1996 de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad, podrá continuar la actividad funeraria conforme al plazo temporal de su título, si bien su derecho resultará modificado en cuanto se oponga, resulte incompatible o contradiga la legislación aplicable en esta materia.”

Fue dicho cambio normativo el que motivó la reclamación de indemnización, reclamación que fue desestimada. Contra dicho

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 134/2002

RESOLUCIÓN: 134/2002

FECHA: 12 de febrero de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. José Alfonso Tello Abadía

DEMANDADO: Ayuntamiento de Barbastro

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículo 22 del Real decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal, de fomento y liberalización de la actividad económica

DOCTRINA: Liberalización de los servicios fúnebres. Responsabilidad de los ayuntamientos por el contenido de las ordenanzas aprobadas para la adaptación al ordenamiento jurídico estatal (FJ 2 y 3)

acto se interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó si el cambio normativo mencionado podía dar lugar a indemnización por parte del Ayuntamiento.

El Tribunal admitió que, efectivamente, se había producido un cambio en las circunstancias anteriores, pero aclaró que dicho cambio no dependía de la voluntad del Ayuntamiento, sino de la norma en cuya virtud se había modificado la ordenanza (el Real decreto ley 7/1996).

Acerca del mencionado real decreto ley, el Tribunal indicó que, si bien representaba gran cambio, al abrir la competencia a la prestación de los servicios que habían sido prestados con carácter exclusivo por el recurrente, dicho cambio normativo no implicaría “la existencia de un daño o lesión”, pues, al parecer del Tribunal (citando lo indicado en su Sentencia de 27 de junio de 1976):

“[...] si bien toda lesión es integrante de un daño y un perjuicio, no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión dentro del marco de los artículos 121 y 122 de la Ley de expropiación forzosa, 40 de la LRJAE, 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992.” (FJ 3)

Y es que, según el Tribunal:

“La antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito.” (FJ 3)

Dicho lo anterior, el Tribunal reiteró lo indicado en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional acerca del carácter antijurídico de las modificaciones en la regulación de un régimen jurídico o sus sistemas de gestión, indicando al respecto que:

“[...] no hay antijuridicidad ni, por tanto, derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las facultades innovatorias del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regula-

ción o la configuración de un régimen jurídico o se reestructuran sus sistemas de gestión.” (FJ 3)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal declaró que, sin perjuicio de si el recurrente tenía o no el deber jurídico de soportar la lesión producida (en cuyo caso hubiera sido necesaria la indemnización), el Ayuntamiento no estaba obligado a indemnizar al titular de la concesión, por cuanto la ordenanza municipal fue aprobada para ajustar la normativa local al ordenamiento jurídico estatal y, por tanto, no era la Administración causante del daño. El Tribunal se manifestó como sigue:

“[...] tanto si existe la obligación de soportar el daño, como si no existe tal obligación, el Ayuntamiento de Barbastró no ha sido la Administración causante del mismo, no siendo responsable de la frustración de expectativas, de las eventuales ganancias dejadas de obtener o de cualquier otro perjuicio que pudiera derivarse de una liberalización que el Ayuntamiento no ha decidido ni ha controlado.” (FJ 3)

Por lo expuesto el Tribunal desestimó el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Indicando que, si bien toda lesión es integrante de un daño y un perjuicio, no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión dentro del marco de los artículos 121 y 122 de la Ley de expropiación forzosa, ver la siguiente sentencia: STS 27 de junio de 1997 (Aranzadi 1997/5352).

Sobre la inexistencia de antijuridicidad ni derecho a indemnización cuando en el ejercicio de las facultades innovadoras del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizadoras de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o la configuración de un régimen jurídico o se reestructuran sus sistemas de gestión, ver las siguientes sentencias: STC 37/1987 de 26 de marzo (Aranzadi 1987/37); STC 65/1987 de 21 de mayo (Aranzadi 1987, 65); STC 127/1987 de 16 de julio (Aranzadi 1987/127); STC 170/1989 de 19 de octubre (Aranzadi 1989/170); STC 41 (Aranzadi 1990/41), y STC 42/1990 de 5 de marzo (Aranzadi 1990/42).

Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Segregación de municipios. Nulidad de pleno derecho por prescindirse de un trámite esencial**SUPUESTO DE HECHO**

La Comisión Promotora para la Segregación del Núcleo de Rincón de Olivedo interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Gobierno de La Rioja por el que se denegaba la segregación del núcleo de Rincón de Olivedo, respecto del municipio de Cervera del Río Alhama. En dicho recurso se solicitaba que se declarara la nulidad de pleno derecho del acto del Gobierno de La Rioja y que se ordenara a dicho Gobierno la remisión al Parlamento de La Rioja el correspondiente proyecto de ley, junto con el expediente de segregación para su tramitación parlamentaria.

El Tribunal Supremo estimó el recurso por considerar que se había producido un vicio determinante de la nulidad de pleno derecho [artículo 62.1.e) de la LRJPAC], por lo que procedía retrotraer el expediente administrativo al momento anterior para que se subsanase dicho defecto, solicitándose el mencionado del Consejo Consultivo de la Rioja.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La parte actora alegó la infracción del artículo 22 de la Ley 3/1993, de 22 de septiembre, de régimen local de La Rioja, en relación con los artículos 62 y siguientes de la LRJPAC, por considerar el acto recurrido nulo de pleno derecho, al haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, ya

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 135/2001

RESOLUCIÓN: 188/2002

FECHA: 10 de mayo de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. José Luís Díaz Roldán

CODEMANDADOS: Gobierno de La Rioja y Ayuntamiento de Cervera del Río Alhama, como codemandado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 22 de la Ley 3/1993, de 22 de septiembre, de régimen local de La Rioja, y artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (LRJPAC)

DOCTRINA: Segregación de municipios. Nulidad de pleno derecho por prescindirse de un trámite esencial (FJ 3 y 5)

que la competencia para denegar la segregación peticionada corresponde al Parlamento de La Rioja y no al Gobierno.

Sin embargo, el Tribunal consideró necesario, antes de entrar en el fondo del asunto, examinar la posible vulneración del artículo 62.1.e), por considerar que la omisión del dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja y de la comunicación simultánea a la Administración central, podían suponer la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho por haberse prescindiado total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Al respecto, el Tribunal se refirió a la Ley de régimen local de La Rioja. Ésta, al regular del procedimiento común para las alteraciones de los términos municipales, en su artículo 22.4 dispone lo siguiente:

“Los expedientes de alteración de términos municipales, sin perjuicio de las peculiaridades expresadas en los capítulos precedentes, se ajustarán a los siguientes trámites:

“Requerimiento de dictamen del Consejo de Estado, y comunicación simultánea para conocimiento, a la Administración del Estado.” (FJ 3)

El Tribunal puntualizó que la referencia al Consejo de Estado debía entenderse efectuada al Consejo Consultivo desde la creación de dicho organismo.

A continuación, el Tribunal pasó a analizar el contenido del artículo 62.1.e) de la LRJPAC, indicando que dicho precepto prevé la nulidad radical de los actos, tanto cuando se hubieran dictado prescindiendo del procedimiento por entero como de un trámite esencial.

Tras ello, el Tribunal valoró si la ausencia del mencionado dictamen y la correspondiente comunicación constituían trámites esenciales en el procedimiento. En relación con el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, el Tribunal indicó que la jurisprudencia al respecto no era pacífica. El Tribunal recordó que una corriente jurisprudencial, cuyo corolario sería la STS de 26 de octubre de 2000, declaraba que:

“La falta de un informe preceptivo determina tan sólo la anulabilidad o nulidad relativa del acto –artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre–, siempre que hubiera privado al acto de los requisitos indispensables para lograr su fin o hubiese producido indefensión”, mientras que, en otras ocasiones, el mismo Tribunal había indicado que “la omisión del informe preceptivo sí ha deparado la nulidad radical del acto administrativo”. (FJ 5)

Aun así, el Tribunal consideró que en ese caso, el trámite mencionado resultaba esencial. El Tribunal indicó que:

“Únicamente puede considerarse que no resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo cuando el procedimiento administrativo se concluya en el supuesto previsto en el artículo 74.3 en relación con el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir, cuando la parte que ha iniciado el procedimiento no subsane en el plazo conferido las deficiencias advertidas por la Administración. Pero fuera de este caso cuando la decisión que se adopte sobre la denegación de la segregación lo sea por un examen de fondo sobre la concurrencia de los requisitos legales exigidos, constituye un requisito esencial en el procedimiento el dictamen del Consejo Consultivo.”

No concluyó lo mismo en relación con la ausencia de la comunicación simultánea a la Administración central, pues entendió que éste carecía de toda relevancia para la validez del procedimiento.

A la vista de lo anterior, el Tribunal consideró que se había producido un vicio determinante de la nulidad de pleno derecho [artículo 62.1.e) de la LRJPAC], por lo que procedía retrotraer el expediente administrativo al momento anterior para que se subsanase dicho defecto, solicitándose el mencionado informe.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la necesidad de considerar un acto viciado de nulidad radical no sólo el supuesto en que se prescinda del procedimiento por entero, sino también cuando se prescinda de un trámite esencial, ver las siguientes sentencias: STS de 31 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/3270); STS de 17 de noviembre de 1998 y 24 de febrero (Aranzadi 1997/1545), y STS 21 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997/4376).

Indicando que la falta de un informe preceptivo determina tan sólo la anulabilidad o la nulidad relativa del acto, siempre que hubiera privado al acto de los requisitos indispensables para lograr su fin o hubiese producido indefensión, ver la Sentencia de 26 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/10373).

Sobre la consideración de que la omisión del informe preceptivo supone la nulidad radical del acto administrativo, ver las siguientes sentencias: STS de 6 de marzo de 1989 (Aranzadi 1989\ 2168); STS de 11 de marzo de 1991 (Aranzadi 1991\ 2382), y STS de 17 de junio de 1992.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Control jurisdiccional de los actos políticos

SUPUESTO DE HECHO

La Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid desestimó la solicitud de reconocimiento de una universidad privada. Contra dicha resolución fue interpuesto un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Dicho recurso fue desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal valoró lo alegado por la demandada, que sostenía que “la pretensión de la actora de que continúe el procedimiento y se prepare y tramite un proyecto de ley para que en vía parlamentaria pueda examinarse la existencia o no de los presupuestos exigidos por el citado real decreto constituye un acto político no fiscalizable en esta jurisdicción conforme al artículo 69.c) de la Ley jurisdiccional”, y en virtud de ello solicitaba la inadmisibilidad del recurso. Al respecto, el Tribunal citó su Sentencia 740/2001, de 30 de junio (Aranzadi 2001/325005), en que el mismo se había ya pronunciado en un caso similar, concluyendo que:

“La petición de tramitación de un proyecto de ley se enmarca dentro del derecho de petición que no es objeto de revisión en

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Octava. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 361/1999

RESOLUCIÓN: 422/2002

FECHA: 12 de abril de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Javier Eugenio López Candela

DEMANDADO: Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 97 y 108 de la CE; artículo 42 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC); artículos 69.c) y 82 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ), y artículos 2.b) y 82.a) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956 (LJ 1956)

DOCTRINA: Control jurisdiccional de los actos políticos (FJ 2 y 3)

la vía contencioso-administrativa por tratarse de un acto no sujeto al derecho administrativo.”

Sin embargo, antes de entrar en esa cuestión, el Tribunal analizó la naturaleza y las características de los llamados “actos políticos” y la posibilidad de someterlos al control jurisdiccional.

En cuanto a la naturaleza de dichos actos, el Tribunal destacó que, desde la aprobación de la Ley jurisdiccional de 1958 se vinieron considerando como actos esencialmente distintos de los actos discrecionales, en razón de su distinta función, “por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los órganos estatales”.

A lo anterior, el Tribunal añadió que subjetivamente “se caracterizan por ser dictados única y exclusivamente por el Gobierno o ejecutivo autonómico” (FJ 2), si bien indicó que, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “se observa, no obstante, una ampliación de dicha figura en beneficio de los consejos ejecutivos de las comunidades autónomas”.

Entrando ya en la posibilidad de someter dichos actos a control judicial, el Tribunal se refirió en primer lugar al parecer mayoritario en la doctrina, que, como éste indicó:

“[...] admite, no obstante, que una serie de actuaciones llevadas a cabo por el Gobierno por su carácter específico como órgano constitucional y no como órgano de la Administración no son revisables ante la jurisdicción contenciosa.”

A continuación el Tribunal puntualizó que dichos actos, si bien quedan exentos de control jurisdiccional, no por ello dejaban de estar sometidos al derecho, con lo que no quedaban exentos de otros controles, como el parlamentario (artículo 108 de la CE) o el internacional. El Tribunal consideraba que ello quedaba justificado “en la medida en que es una realidad que los gobiernos producen actuaciones políticas sin que sea oportuno someter la política al derecho”. (FJ 2)

En cuanto al enclave legal y constitucional de la admisión de los actos políticos, el Tribunal indicó que éste se hallaba en el artículo 97 de la CE.

Dicho lo anterior, el Tribunal pasó a analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo al respecto.

En relación con el Tribunal Constitucional (del que citó varias sentencias, referidas a distintos supuestos), indicó que éste había admitido tácitamente la categoría de los actos políticos –a los que ha denominado “actividad no sujeta a derecho administrativo”–, al sostener que “existen categorías de actos dictados por el Gobierno como órgano constitucional que quedan exentos del conocimiento por la jurisdicción contenciosa”.

Como se indicó, el Tribunal Constitucional también había considerado que dichos actos no dejaban de estar sometidos al derecho, al declarar que “la actividad del Gobierno como órgano constitucional, propia de las relaciones internacionales o las consistentes en la remisión al Parlamento de un proyecto de ley, no significa que la misma quede no sometida al derecho, sino únicamente que no es fiscalizable ante la jurisdicción contenciosa, conforme al artículo 82 a de la Ley jurisdiccional al objeto de evitar una judicialización inaceptable de la vida política”. (FJ 2)

Sin embargo, el Tribunal Constitucional había admitido su propia jurisdicción “cuando de violaciones de derechos fundamentales se trata por aplicación analógica del artículo 42 de la LOTC”. (FJ 2)

En lo que respecta al Tribunal Supremo (del que también citó varias sentencias), el Tribunal indicó que, aunque de forma vacilante, también había reconocido cierto “ámbito del actuar del Gobierno, en su sentido más estricto, que por su contenido político se halla fuera del derecho administrativo y próximo al derecho constitucional o internacional”. De su jurisprudencia, hay que destacar que éste puntualizó en ciertas ocasiones que sí tenía competencia para poder examinar “los elementos regla-

dos o conceptos jurídicamente asequibles de dichos actos de decisión política”.

Confrontando la doctrina de ambos tribunales [especialmente la STC 45/1990 de 15 de marzo (Aranzadi 1990/45), así como de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997], el TSJ de Madrid extrajo la existencia de dos actividades distintas de la Administración tradicionalmente calificadas como “políticas” o de dirección política. De ellas, refiriéndose a su función, el Tribunal indicó que:

“La primera referida, al ejercicio de funciones de contenido constitucional y de dirección política, amparadas en el artículo 97 de la Constitución española, pero referidas a las relaciones con otros órganos constitucionales, y la segunda referida a la protección de determinados bienes jurídicos de especial importancia cuya defensa y conservación se ha otorgado al Ejecutivo, v. gr. la seguridad nacional, exterior o interior, pero que en todo caso tal protección no supone el ejercicio de funciones de dirección política en la línea expuesta en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997.” (FJ 3)

Según indicó el Tribunal, las primeras estarían sometidas al control que previera el derecho constitucional, mientras que las segundas se podrían someter al control judicial, en concreto, por la jurisdicción contencioso-administrativa. Éste control sería de “aquellos aspectos reglados que constituyen lo que se ha calificado como conceptos judicialmente asequibles”. Según el Tribunal, esos elementos reglados serían:

“[...] la competencia, el procedimiento, el respeto a los derechos fundamentales y principios generales del derecho, así como la motivación en cuanto expresión de la causa y el fin del acto proveniente de la Administración.”

Por último, el Tribunal apuntó que el control judicial de la actividad de dirección política podía suponer un quebranto del principio de separación de poderes y que “nada diferencia a esta categoría de actos de los propiamente administrativos y que suponen el ejercicio de potestades discrecionales”.

Dicho lo anterior, el Tribunal entró en el caso objeto de controversia. Volviendo a la Sentencia 740/2001, de 30 de junio, indicó que en ese caso la resolución impugnada se trataba de un “acto de dirección política”, que, por afectar a las relaciones con otros órganos políticos (Asamblea Legislativa de la Comunidad de Madrid, en el ámbito del derecho constitucional de petición) no podía someterse al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo cual debería declararse la inadmisibilidad del recurso.

Sin embargo, el Tribunal entendió que el caso enjuiciado era distinto. En el supuesto de autos, el Tribunal indicó que:

“[...] el proyecto de ley que tramita una pretensión de reconocimiento de una universidad privada conforme al artículo 58 de la Ley orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria, no se ajusta tanto al ejercicio de una iniciativa legislativa de cara a la promulgación de una norma que con rango de ley desarrolle el ordenamiento jurídico sino al hecho de habilitar el ejercicio de un derecho fundamental en un procedimiento bifásico que ha de concluir con la creación de una persona jurídica de derecho público, en ciertos aspectos verdadera Administración pública, que por gozar de una autonomía constitucionalmente consagrada precisa de la intervención del legislador, pues así se expresa el artículo 27.10 de la CE cuando indica ‘en los términos que la ley establezca’, términos que recogen los artículos 5 y 58 de la Ley orgánica 11/1983. Dichas leyes de reconocimiento se tratan, en suma de verdaderas leyes-medida, o de contenido concreto, técnica ésta que no es desconocida en el ámbito del derecho administrativo.”

De lo anterior, el Tribunal dedujo que:

“[...] en el presente caso, a diferencia del supuesto examinado en el recurso 1047/1998, la denegación por parte de un órga-

no administrativo de la tramitación de un proyecto de ley no constituye un acto de dirección política no fiscalizable en la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a los artículos 1.3.a) y 69.c) de la Ley jurisdiccional, toda vez que no se ajusta a un acto de ejercicio de funciones de índole parlamentaria, antes bien, constituye una decisión dictada en aplicación de una norma reglamentaria plenamente sometida al derecho administrativo, mas no como respuesta al ejercicio de un derecho graciable como es el de petición.” (FJ 3)

En virtud de lo anterior, el Tribunal desestimó la pretensión de inadmisibilidad del recurso formulada por la demandada y desestimó el recurso, por considerar la resolución impugnada conforme a derecho.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Indicando que la petición de tramitación de un proyecto de ley se enmarca dentro del derecho de petición que no es objeto de revisión en la vía contencioso-administrativa por tratarse de un acto no sujeto al derecho administrativo [artículo 82.a) en relación con el 1 de la Ley jurisdiccional], ver la siguiente sentencia: STSJ de Madrid 740/2001, de 30 de junio (Aranzadi 2001/325005).

Considerando como actos políticos, entre otros, los referentes al ejercicio de la potestad sancionadora o de la potestad reglamentaria, utilizando para ello el criterio decimonónico del móvil o fin político, ver las siguientes sentencias: STS de 10 de noviembre de 1959 y STS de 10 de febrero de 1960.

Admitiendo la existencia de categorías de actos dictados por el Gobierno como órgano constitucional que quedan exentos del conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa, ver las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 45/1990, de 15 de marzo (Aranzadi 1990/45); STC 196/1990, de 29 de noviembre (Aranzadi 1990/196); STC 220/1991 de 25 de noviembre (Aranzadi 1991/220); STC 12/1982 de 31 de marzo (Aranzadi 1982/12) y 74/1992 de 7 de diciembre (Aranzadi 1992/74).

Sobre la admisión de los actos políticos por el Tribunal Supremo, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de enero de 1982 (Aranzadi 1982/235); STS de 31 de octubre de 1983 (Aranzadi 1983/5294); STS de 24 de septiembre de 1984 (Aranzadi 1984/4574); STS 6 de noviembre de 1984 (Aranzadi 1984/5758); STS de 9 de junio de 1987 (Aranzadi 1987/4018); STS de 15 de noviembre de 1988 (Aranzadi 1988/8699); STS de 30 de julio de 1987 (Aranzadi 1987/7706); STS de 2 de octubre de 1987 (Aranzadi 1987/6688); STS 13 de marzo de 1990 (Aranzadi 1990/1938); STS de 24 de julio de 1991; STS de 25 de octubre de 1990 (Aranzadi 1990/8116), y STS de 22 de enero de 1993 (Aranzadi 1993/457).

Sobre la competencia del Tribunal Supremo para poder examinar los elementos reglados o los conceptos judicialmente asequibles de dichos actos de decisión política, ver las siguientes resoluciones: STS de 22 de enero de 1993; ATS de 18 de enero de 1993; STS de 28 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/5050) sobre la designación del fiscal general del Estado, y STS de 4 de abril de 1997 (Aranzadi 1997/4514) sobre descalificación de secretos oficiales.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Acceso de los concejales a los documentos. Derecho de participación política

SUPUESTO DE HECHO

Varios concejales del Ayuntamiento de Punta Umbría solicitaron a las diez de la mañana del día en que, a las 17.30 horas, iba a tener lugar el Pleno en la sede de la corporación, la entrega de los expedientes que se habrían de tratar en dicho Pleno. Los mencionados expedientes les fueron entregados a las doce y cuarto de la mañana, faltando dos de ellos (decretos de la Alcaldía y original del presupuesto único). A la vista de lo anterior, el portavoz del grupo al que pertenecían solicitó personalmente al alcalde la entrega de los expedientes que faltaban, sin que el alcalde procediera a hacerlo.

Los concejales mencionados interpusieron Recurso de reposición contra el Acuerdo número 4 del Pleno ordinario, por entender que se había vulnerado su derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 de la CE). Dicho recurso fue desestimado. Contra el mencionado acuerdo y contra la desestimación del recurso contra el mismo, interpusieron un recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la posible vulneración de los dos apartados del artículo 23 de la CE.

En primer lugar, el Tribunal analizó la naturaleza de los derechos reconocidos en dicho precepto. Al respecto, el Tribunal destacó la estrecha relación de los derechos en él reconocidos con el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado en el artículo 1 de la CE, indicando que esta relación era tan grande (por lo menos en lo que se refiere al acceso a los cargos públicos), que:

“[...] bien puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos.” (FJ 3)

Por ello, apuntó el Tribunal:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 595/2000

FECHA: 20 de febrero de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco J. Gutiérrez del Manzano

DEMANDANTE: Concejales del Ayuntamiento de Punta Umbría

DEMANDADO: Ayuntamiento de Punta Umbría

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1 y 23.1 de la CE

DOCTRINA: Acceso de los concejales a los documentos. Derecho de participación política (FJ 3, 4, 6 y 7)

“[...] con el propósito de asegurar la efectiva realización del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, la garantía dispensada en el artículo 23 al acceso en condiciones de igualdad al cargo público se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que les son inherentes, en los términos que establecen las leyes o, en su caso, los reglamentos pues no en vano se trata de derechos fundamentales de configuración legal, respetando la igualdad de todos en su ejercicio y evitando perturbarlo con obstáculos que puedan colocar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros.”

Tras ello, el Tribunal entró a analizar la posibilidad de los concejales a acceder a cualquier información que soliciten, afirmando, en virtud de la legislación vigente y de acuerdo con la

jurisprudencia del Tribunal Supremo, que éstos tenían que poder acceder a la misma sin necesidad de “[...] explicitar o fundamentar sus peticiones” (FJ 6), por tener que entenderlo implícito al ejercicio de sus funciones. Según el Tribunal:

“La razón de la solicitud de una información se debe entender implícita en el ejercicio de sus funciones por parte de los concejales, a quienes corresponde el control y la fiscalización de los órganos de gobierno de la corporación [artículo 22.2.a) de la Ley 7/1985], lo que implica que éstos no tengan por qué dar una razón formal de todas sus actividades de control, más aún cuando no es infrecuente que pueda convenirles no decir para qué quieren la información, a fin de no desvelar sus estrategias de actuación política.” (FJ 6)

A la vista de lo anterior, el Tribunal concluyó que “la petición de unos documentos concretos y determinados [...] ha de reputarse absolutamente primordial y precisa para el desarrollo de su función [...]”. (FJ 7)

De modo que, según el Tribunal se produjo una infracción del artículo 23 de la CE. El Tribunal se pronunció como sigue:

“Así, pues, la negativa a entregar la totalidad de la documentación solicitada (sin otro fundamento aparente que el unilateral criterio del alcalde de considerar prioritario a otro grupo municipal, o a sí mismo que la estaba examinando en aquel momento, tal como parece desprenderse de lo actuado), infringe abiertamente el derecho fundamental de los concejales recurrentes según viene establecido en el artículo 23.1 de la Constitución.” (FJ 7)

El Tribunal no admitió varias de las alegaciones vertidas por la defensa de la parte recurrida. Entre otros aspectos, alegaban la

ausencia de los concejales cuando se les llevaron los documentos. A ello el Tribunal respondió que:

“[...] el contenido nuclear del debatido derecho implica no sufrir dilaciones innecesarias que pudieran poner en peligro el efectivo ejercicio del derecho que les asiste.” (FJ 8)

Por tanto, el Tribunal admitió la existencia de la mencionada vulneración, si bien puntualizó que ello no implicaba la pretendida nulidad de los acuerdos adoptados. Estableció: “Sin embargo, de las premisas anteriores no se puede concluir como intenta la parte actora en la anulación de los puntos 2 y 4 –ya especificados– del orden del día del Pleno de la fecha ya aludida, a la vista de todas las diversas circunstancias concurrentes, que no pueden ser obviadas. Con lo cual, disintimos de la pretensión anuladora de la demandante en este aspecto.”

El Tribunal estima parcialmente el recurso contra la negativa del alcalde del Ayuntamiento a facilitarles copia íntegra de toda la documentación solicitada y ordenas que se facilite a los concejales recurrentes toda la documentación en su momento solicitada bien mediante la entrega de los documentos originales bien mediante copia íntegra y auténtica de aquélla.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Indicando que no es necesario que los concejales, de acuerdo con la legislación vigente, expliciten o fundamenten la finalidad de sus peticiones, ver la siguiente sentencia: STS de 27 de noviembre de 2000 (Aranzadi 2001/1328).

D) Jurisdicción civil

Audiencia Provincial de Salamanca. Instalación de una chimenea en un patio de luces por exigencia de la normativa local para el desarrollo de un negocio de cafetería

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Salamanca dictó una sentencia en la que se declaraba “el derecho del actor a realizar una salida de humos de su local comercial por el patio de luces del edificio, en la forma que cumpliendo con las prescripciones técnicas y administrativas sea menos gravosa para la comunidad; condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que permita la realización de las horas oportunas hasta conseguir la efectiva realización de la salida de humos, acorde con la normativa municipal y administrativa vigente. Las costas deberían ser abonadas por la parte demandada”.

Contra dicha resolución, el demandado interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Salamanca, suplicando la revocación de la resolución recurrida. La Audiencia desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, la Audiencia analizó las alegaciones formuladas por el recurrente, centrándose en determinar si los propietarios de locales comerciales tienen derecho a la instalación de una chimenea para la salida de humos y gases que, en el caso enjuiciado “[...] iría adosada por el patio interior del edificio de la comunidad demandada, por exigencia de la normativa y la autoridad administrativa para obtener la licencia de actividad solicitada para la explotación del negocio de hostelería”.

Al respecto, la Audiencia consideró que, si bien era cierto que las obras afectaban elementos comunes del edificio, en cuyo

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Salamanca. Sala de lo Civil. Jurisdicción civil. Recurso de apelación 60/2002

RESOLUCIÓN: 87/2002

FECHA: 18 de febrero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pérez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 12 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH)

DOCTRINA: Instalación de una chimenea en un patio de luces por exigencia de la normativa local para el desarrollo de un negocio de cafetería (FJ 4)

caso la decisión estaría en manos de la comunidad de propietarios, el hecho de que la construcción de la chimenea fuera un requisito esencial para el funcionamiento del negocio de cafetería y para la obtención de la licencia de apertura (competencia del ayuntamiento) exigía matizar lo anterior. En efecto, la Audiencia, además de destacar el beneficio que suponía la instalación de la chimenea –les evitaba las molestias originadas por los humos y malos olores–, consideró que se estaba “[...] ante un conflicto de normas, que hace que no deba darse a las reglas de la Ley de propiedad horizontal un sentido rígido que cierre las puertas a peticiones que puedan formular los propietarios de viviendas y locales, sobre todo cuando se trata de servicios exigidos por la Administración”. (FJ 4)

Así lo había reconocido la propia Audiencia en su Sentencia de 19 de octubre de 1999, en la que había declarado que:

"[...] siendo las obras solicitadas, no de ornato o embellecimiento, sino de necesaria realización para desarrollar la citada actividad industrial, dotándola de condiciones de seguridad y evitando al mismo tiempo incomodidades a los propios vecinos del inmueble, y al público en general [...] es ello razón suficiente para estimar la realización de obras, pese a afectar a los elementos comunes, cuando con la misma no se perjudican además las condiciones de vida de los demás comuneros, de llevarse a cabo su instalación con el mayor esmero, y en el menor tiempo posible; por tanto, negar tal pretensión acarrearía el cierre de un local, cuyas condiciones de apertura impuestas por la autoridad, y recogidas por ordenanza, son exigidas para su normal desenvolvimiento." (FJ 4)

La Audiencia destacó que la exigencia de la chimenea perseguía "la compatibilidad de usos entre viviendas y locales", alcanzando las obligaciones, no sólo a los propietarios sino "[...] también [...] al conjunto de la comunidad de propietarios, aunque su obligación consista simplemente en un dejar hacer". (FJ 4)

Según la Audiencia: "Otra interpretación basada exclusivamente en el contenido de la LPH dejaría vacía de contenido la normativa administrativa en cuestión, o en todo caso dejaría en manos de la comunidad de propietarios la posibilidad de desarrollar tal actividad en el local." (FJ 4)

A lo anterior añadió que: "[...] mientras el concreto uso y actividad al que un propietario pretenda destinar su local comercial no esté prohibido por la ley ni por el título constitutivo o estatutos de la comunidad, no cause excesivas molestias, y siendo tal uso conforme con el destino propio del local, la comunidad de propietarios no ha de poder impedirlo, y ello conlleva que ade-

más deberá facilitar el cumplimiento de los requisitos y condiciones legales para tal actividad."

Por último, la Audiencia analizó la jurisprudencia en la materia, admitiendo cierta disparidad de criterios en otras audiencias provinciales y destacando que, los supuestos que el Tribunal Supremo ha dado la razón a los propietarios, se trataba de obras ya ejecutadas careciendo de autorización para ello. En la jurisprudencia del Supremo, detectó la aplicación de una "regla de la razonabilidad", en cuya virtud "si existen locales y su funcionamiento es lícito, no pueden ponerse obstáculos insuperables a la realización de innovaciones o instalaciones que son imprescindibles para su funcionamiento". (FJ 4)

A la vista de lo indicado, el Tribunal desestimó el recurso de apelación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre un supuesto análogo, y en términos similares, ver la siguiente sentencia: SAP de Salamanca de 19 de octubre de 1999.

Declarando que la negativa de la comunidad de propietarios a la construcción de una chimenea incidía en la órbita del abuso de derecho, ver la siguiente sentencia: STS de 31 de octubre de 1984.

Declarando la extralimitación del acuerdo comunitario que denegaba al propietario de un local la realización de una puerta de emergencia en un muro común, ver la siguiente sentencia: STS de 27 de abril de 1994.

Indicando que no constituye la alteración de elemento común cuando se trata de elementos de seguridad imprescindibles para los propietarios de la planta baja, ver la siguiente sentencia: STS de 14 de septiembre de 1998.

Audiencia Provincial de Alicante. Petición ante la jurisdicción civil de la demolición de obras por incumplimiento de la legalidad urbanística

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera número 4 de Elda acordó absolver a la mercantil HLA, S. A., con imposición de costas a la parte actora, de la condena "a derruir la edificación realizada sobre tres metros de retranqueo existente entre el lindero de la parcela de la demandada, parcela núm. [...], y las parcelas [...] entre las que se encuentra la que es de su propiedad [de la demandante]". Dicha condena implicaría "[...] la demolición al menos parcial de la edificación, nave industrial que la demandada levantó sobre su indicada parcela núm. [...]". El mencionado juzgado no entró en el examen de las alegaciones de la demandada, al apreciar la excepción de incompetencia esgrimida por la entonces demandada. Contra dicha resolución, la demandante interpuso recurso de apelación, recurso que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Alicante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, la Audiencia Provincial de Alicante valoró la operatividad de la excepción invocada por la recurrida. Para ello analizó el contenido del artículo 305 de la LS de 1992 que dispone que: "Los propietarios y los titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior y en el artículo 266, podrán exigir ante los tribunales ordinarios la demolición de las obras que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas."

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Alicante. Sala de lo Civil. Sección Sexta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación 648/2000

RESOLUCIÓN: 87/2002

FECHA: 25 de abril de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco Javier Prieto Lozano

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 305 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y la ordenación urbana (LS)

DOCTRINA: Petición ante la jurisdicción civil de la demolición de obras por incumplimiento de la legalidad urbanística (FJ 2, 3 y 4)

Acerca del mismo la Audiencia aclaró que la interpretación que a éste debía hacerse "[...] no es que sea procedente dirigirse a los tribunales civiles solicitando, sin ningún fundamento jurídico civil o privado, la demolición de lo que contraviene la legalidad urbanística". (FJ 2)

La Audiencia lo entendía así por distintas razones, entre otras, por el hecho de que el mencionado precepto —a diferencia de los artículos 303 y 304— no hablaba de la legalidad urbanística, haciéndolo de "[la] competencia de los tribunales ordinarios y

de derechos de propiedad y otros reales, y de normas destinadas a proteger el uso, debemos entender que en interés privado, de los demás derechos". (FJ 2)

La Audiencia también justificó la interpretación expuesta por cuanto "[...] la materia que regula el artículo 305 tantas veces citado, se aproxima a la de las servidumbres legales, las cuales y según entiende la doctrina mayoritaria no debe de ser reputadas como tales servidumbres, sino límites a la propiedad: distancias entre construcciones, comunidad de elementos constructivos, usos peligrosos, etcétera". (FJ 2)

Por ello la Audiencia consideró que la interpretación que de dicho precepto debía hacerse era que éste: "[...] sanciona, desde dentro de una ley de naturaleza administrativa, que continúan vigentes los límites del derecho de propiedad que recogen las normas civiles; de la misma forma que éstas se remiten en ocasiones a las otras: artículos 550, 553, 555, 563, 589, 590 y 591, todos del Código civil." (FJ 2)

A criterio de la Audiencia, como había indicado ya el Tribunal Supremo, sólo cabía acudir a la vía ordinaria en virtud de dicho precepto cuando "[...] con la vulneración de la normativa o la disciplina urbanística que se denuncia se haya producido un desconocimiento, perjuicio o lesión en los derechos o de las facultades de uso que derivan del artículo 348 del Código civil, esto es para el caso de que la infracción de tales normas incida negativamente y de forma directa sobre fincas de terceros afectando directa y efectivamente al derecho de dominio o al menos a la pacífica posesión sobre sus fincas de tales terceros [...]". (FJ 3)

Fuera de dicho supuesto excepcional, ante cualquier discrepancia entre particulares "[...] no podrá pretenderse sin más el derribo acudiendo a la jurisdicción común desprovista de facultades para anular el acto legitimador emanado del órgano administrativo competente". (FJ 3)

Aplicando lo anterior al supuesto enjuiciado, la Audiencia consideró que procedía la desestimación de las pretensiones

aducidas por el recurrente, por considerar que "[...] tal genérico riesgo [invocado por el recurrente] no supone que quede afectado de forma clara y directa el derecho de dominio y las facultades dominicales de él dimanantes, de uso y disfrute de la de la actora sobre la parcela [...] de la que es titular, afectación que es presupuesto o requisito que la doctrina jurisprudencial antes invocada exige para que ante la jurisdicción civil puedan ser invocadas las genéricas previsiones enunciadas en el artículo 305 de la Ley del suelo". (FJ 4)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En supuestos similares al enjuiciado, interpretando el artículo 305 de la LS, ver las siguientes sentencias: SAP de Alicante de 23 de julio de 1999; SAP de Alicante de 19 de diciembre de 2000; SAP de Alicante de 24 de octubre de 2001; SAP de Alicante de 15 de noviembre de 2001; SAP de Alicante de 2 de febrero de 2002; SAT de Valencia de 3 de noviembre de 1988; SAP de Las Palmas de 20 de septiembre de 1993 (Aranzadi 1993/1637); SAP de Murcia de 15 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/474); SAP de Sevilla de 21 de marzo (Aranzadi 1997/866); SAP de Sevilla de 6 de noviembre de 1997, o la SAP de Sevilla de 13 de enero de 1998 (Aranzadi 1998/289).

Sobre la exigencia de una afección directa y efectiva al dominio o la pacífica posesión sobre las fincas de terceros como presupuesto para acudir a la vía del artículo 305 de la LS (o sus predecesores, artículos 224 y 236), ver las siguientes sentencias: STS de 20 de enero de 1965; STS 22 de febrero de 1980 (Aranzadi 1980/523); STS de 20 de enero de 1983 (Aranzadi 1983/253).

Sobre la exclusión genérica del conocimiento de la jurisdicción ordinaria de las conductas determinantes de infracciones administrativas, por su naturaleza jurídico-administrativa, ver la siguiente sentencia: STS de 20 de enero de 1983 (Aranzadi 1983/253).

E) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. Delito de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes. Impedir a los concejales el acceso a documentos y a información

SUPUESTO DE HECHO

La Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia en la que absolvía a F. N. A., A. L. V. y a J. L. L. V., miembros, en calidad de autoridades o funcionarios de la corporación municipal de Cazorla, de los delitos continuados de malversación de caudales públicos y falsedad en documento público, y a F. N. A., alcalde de la corporación, del delito de atentado a los derechos cívicos de la persona, de que venían siendo acusados.

El tribunal de instancia consideró que no había quedado probada la producción de una apropiación ni sustracción de recursos económicos de organismo público alguno, en beneficio propio o de tercero en la realización y la ejecución, en su calidad de autoridades o funcionarios de la corporación municipal de Cazorla, de determinadas obras y servicios, en cuya gestión administrativa habían intervenido y con relación a las cuales se hicieron unos abonos por jornales debidos a un conjunto de personas contratadas por dicha corporación municipal.

En cuanto al alcalde de la corporación municipal (F. N. A.), se consideró probado que éste había recibido y tenido conocimiento de los requerimientos y las solicitudes de información

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 303/2000

RESOLUCIÓN: 165/2002

FECHA: 11 de marzo

PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 194 del Código penal de 1973 (CP 1973), y artículo 542 del Código penal de 1995 (CP 1995)

DOCTRINA: Delito de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes. Impedir a los concejales el acceso a documentos y a información (FJ 1)

certificada por parte de los concejales de la oposición, a los que no respondió ni formal ni oficialmente. Sin embargo, se entendió que no había sido probado que se hubiese opuesto por medio

alguno o denegado lo requerido a través de una resolución denegatoria de las peticiones.

Dicha resolución fue recurrida en casación. El Tribunal Supremo acordó condenar a F. N. A. “[...] como autor penalmente responsable de un delito de impedimento del ejercicio de derechos cívicos reconocidos por la Constitución, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de inhabilitación especial para cargo público de alcalde por tiempo de un año, y costas procesales de la instancia, incluyéndose las de la acusación particular, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada, en cuanto no se opongan a los de la presente”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho el Tribunal analizó si se había producido una infracción de los artículos 194 del CP de 1973 y 542 del CP de 1995, que se invocaba como primer motivo de casación. A tal efecto, analizó los elementos constitutivos del tipo delictivo, concluyendo que efectivamente se había producido una infracción del mismo. El artículo 194 del anterior Código penal establecía: “Incurrirá en la pena de inhabilitación especial la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes.”

Por su parte, el artículo 542 del Código penal vigente dispone: “Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, por tiempo de uno a cuatro años, la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes.”

En primer lugar, en relación con el artículo 194 del CP de 1973, el Tribunal destacó que incurría en concurso de leyes con las figuras previstas en la sección que tipificaban determinadas especies de la conducta definida por el mismo, indicando que “Esta figura punitiva de carácter residual [...] cierra todas las posibilidades delictivas que se pueden incriminar a un funcionario público o autoridad por impedir el ejercicio de los derechos cívicos, que no son otros que los derechos fundamentales que la Constitución recoge a lo largo de su texto [...]”.

El Tribunal también reconoció el carácter de norma penal en blanco de dicho precepto, siendo la constitución su norma complementaria, por ser la norma en la que se proclaman los derechos fundamentales de la persona.

En lo que respecta al sujeto activo del delito, el Tribunal señaló que éste tenía que ser un funcionario en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, indicando que se trataba de un delito especial impropio, “al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición in genere de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional”.

En relación con la conducta típica, el Tribunal indicó que “ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho”.

Acercando de la culpabilidad, el Tribunal indicó que el CP de 1995 sólo reconocía la modalidad dolosa.

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal entendió que el hecho de que la conducta del alcalde constituyera una simple omisión –el no acceder a las peticiones formuladas por los concejales de la oposición– y no una acción denegatoria, no impedía que la conducta debiera incurrirse en el tipo el artículo 542 del CP de 1995, afirmando que:

“La determinación de la conducta típica consiste en impedir [entendiendo el término ‘impedir’ en un sentido amplio] a

sabiendas el ejercicio de los derechos cívicos, que ha de entenderse como estorbar o dificultar la consecución de un propósito, esto es, crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, que es, en el caso concreto, hacer imposible el ejercicio de un derecho.”

Dicho lo indicado, el Tribunal añadió que:

“[...] es característico de un Estado de derecho que los derechos cívicos no sólo se reconozcan teóricamente sino que existan garantías para su ejercicio [...] De ahí la relevancia del artículo 194 del Código penal, que actúa como pieza de cierre en el sistema de tutela penal del ejercicio de los derechos cívicos.”

En relación con lo anterior, el Tribunal indicó que el artículo 23.1 de la CE, (uno de los “derechos cívicos” a los que se había referido), reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, indicando que éste “[...] ampara, como un derecho instrumental necesario para el ejercicio del derecho de participación en los asuntos públicos, el derecho de los representantes a obtener la información necesaria para el ejercicio de su función, derecho que en el ámbito municipal reconoce de modo expreso el artículo 77 de la Ley reguladora de bases del régimen local”.

Finalmente, el Tribunal se refirió a una sentencia en la que el mismo se había pronunciado sobre un caso similar y había considerado que:

“[...] constituye una infracción del artículo 194 del Código penal la conducta consistente en que ‘el alcalde recurrente, con completo conocimiento de la injusticia y la ilegalidad y con el fin de cercenar y obstaculizar en lo posible a los grupos de oposición en el Ayuntamiento, sobre todo en la actuación de sus posiciones fiscalizadoras, impidió o coartó el acceso a los asuntos municipales’.”

A la vista de lo expuesto, el Tribunal concluyó que:

“[...] si el alcalde de Cazorla, no contestó de ninguna manera a las innumerables solicitudes de información formuladas durante varios años por los concejales de la oposición municipal, ni entregó a éstos los documentos reiteradamente solicitados por escrito por los mismos, a lo que estaba obligado como se ha dicho –cuyas solicitudes obran en el sumario suficientemente identificadas–, conociendo el alcalde dichas solicitudes y peticiones, y con dicha actitud pasiva se entorpeció la transparencia de la gestión pública del Ayuntamiento de Cazorla, es evidente que el mismo ha incurrido en un delito de atentado contra los derechos cívicos de la persona, tipificado en el artículo 194 del anterior Código penal, y 542 del vigente Código penal”, desestimando, por tanto, el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el carácter residual del artículo 194 del CP de 1973, ver las siguientes sentencias: STS de 7 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/703) y STS de 19 de octubre de 1995 (Aranzadi 1995/7722).

Sobre el carácter de norma penal en blanco del artículo 194 del CP de 1995, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de noviembre de 1973 (Aranzadi 1995/8879) y STS de 22 de enero de 1996 (Aranzadi 1996/145).

Sobre el sujeto activo del delito, ver la siguiente sentencia: STS de 23 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/1952).

Sobre el carácter de delito especial impropio del delito, ver las siguientes sentencias: STS de 22 de diciembre de 1992 (Aranzadi 1992/10473) y STS de 7 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/703).

Indicando que es característico del Estado de derecho que existan garantías para el ejercicio de los derechos cívicos, ver las STS de 17 de octubre de 1995 (Aranzadi 1995/7611) y STS de 22 de enero de 1996 (Aranzadi 1996/47).

Sobre un caso similar, y considerando infringido el artículo 194 del CP de 1973 por comisión por omisión, ver la siguiente sentencia: STS de 8 de febrero de 1993. ■

AGENDA DE ACTIVIDADES

Curso sobre empleo local

Organizado en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, el Instituto Nacional de Administración Pública y las diputaciones de Huesca y Zaragoza

Del 31 de marzo al 4 de abril de 2003

OBJETIVOS

La Fundación Democracia y Gobierno Local tiene entre sus objetivos prioritarios promover foros de estudio y de debate que permitan el encuentro y el intercambio de conocimientos y puntos de vista entre el personal especializado al servicio de las corporaciones locales, los profesores universitarios y los jueces y los magistrados, todo ello con el fin de analizar los problemas que actualmente tienen planteados las administraciones locales y contribuir a darles solución. En esta línea de actuación, entre otras actividades, organiza cursos y seminarios al más alto nivel encaminados a ahondar en el conocimiento del derecho local español.

El pasado 13 de diciembre de 2002 la Fundación firmó un convenio de colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y el Instituto Nacional de Administración Pública para organizar un curso anual sobre temas relativos al gobierno local. En ejecución de dicho convenio se ha preparado, con la colaboración de las diputaciones de Zaragoza y Huesca, el presente curso sobre empleo local destinado a examinar y discutir las cuestiones más relevantes que la regulación jurídica de esta materia plantea en la actualidad.

El curso se articula en dos módulos, el primero dedicado a las relaciones laborales y, el segundo, a la función pública local. Las ponencias han sido encomendadas a eminentes juristas cuya acreditado prestigio ofrece la mejor garantía de excelencia.

DESTINATARIOS

El curso está destinado a magistrados y jueces, funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, preferentemente del grupo A y, en general, a funcionarios del grupo A cuyo puesto de trabajo guarde relación directa con su contenido.

IMPORTE DE LA MATRÍCULA

300 euros.

LUGAR DE CELEBRACIÓN

- Módulo I (días 31 de marzo, 1 y 2 de abril)
Palacio Provincial de la Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
Zaragoza
- Módulo II (días 3 y 4 de abril)
Palacio Provincial de la Diputación de Huesca
Porches de Galicia, 4
Huesca

PROGRAMA

Módulo I. Las relaciones laborales

Lunes 31 de marzo

9.00-10.00 h. Inauguración del curso

Excmo. Sr. *Fernando Salinas*, magistrado, vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial; Ilmo. Sr. *Francisco Borrás Marimón*, director del Centro de Estudios Locales y Territoriales del INAP; Ilmo. Sr. *Javier Lambán Montañés*, presidente de la Diputación de Zaragoza; Ilmo. Sr. *Antonio Cosculluela Berga*, presidente de la Diputación de Huesca; Prof. Dr. *Francisco Caamaño Domínguez*, director de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

10.00-12.00 h. **Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas. Marco general**

Prof. Dr. *Juan Rivero Lamas*, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza.

12.00-12.30 h. Pausa

12.30-14.30 h. **Problemas asociados al empleo del contrato de trabajo para obra o servicio determinado por las administraciones públicas. Una referencia al contrato de inserción**

Prof. Dr. *Jaime Cabeza Pereiro*, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo.

16.30-18.30 h. **La gestión indirecta de obras y servicios. Contratación de obras y servicios y cesión ilícita de trabajadores; concepto de obra o servicio correspondiente a la "propia actividad" de la Administración; régimen de responsabilidades de la Administración como empresario "principal"**

Prof. Dr. *Javier Gárate Castro*, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

18.30-20.30 h. **Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las administraciones públicas**

Prof. Dr. *Antonio Martín Valverde*, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Martes 1 de abril

9.30-11.30 h. **Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad por las administraciones públicas**

Prof. Dr. *Antonio V. Sempere Navarro*, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

11.30-12.00 h. Pausa

12.00-14.00 h. **La negociación colectiva en las administraciones públicas**

Prof. Dr. *Juan García Blasco*, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza, presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

16.30-18.30 h. **La representación colectiva del personal al servicio de las administraciones públicas**

Prof.ª Dr.ª *María Emilia Casas Baamonde*, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense, magistrada del Tribunal Constitucional.

18.30-20.30 h. **La prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas. Peculiaridades**

Prof. Dr. *José Ignacio García Ninet*, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Barcelona.

Miércoles 2 de abril

9.30-10.30 h. **La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las corporaciones locales**

Ilmo. Sr. *José Enrique Mora Mateo*, magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

11.00-13.00 h. Mesa redonda. **El ejercicio del derecho de huelga en las administraciones públicas**

–Ilmo. Sr. *Luis Lacambra Morera*, magistrado del Juzgado de lo Social número 6 de Zaragoza.

–Prof. Dr. *Juan García Blasco*, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza.

–Prof.ª Dr.ª *Susana Torrente Gari*, profesora titular de Derecho del

Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza.
–D.ª *Pilar Benedicto Salas*, letrada de la Diputación Provincial de Zaragoza.

14.30 h. Comida ofrecida por la Excm. Diputación de Zaragoza

Visita guiada al Monasterio de Nuestra Señora de Veruela

Módulo II. La función pública local

Jueves 3 de abril

9.30-11.30 h. Las fuentes del empleo público local

Antonio Serrano Pascual, secretario general de la Diputación de Huesca.

11.30-12.00 h. Pausa

12.00-14.00 h. Presupuestos constitucionales de la función pública local

Excmo. Sr. *Antonio Carro Fernández-Valmayor*, ex senador, vocal del Consejo Consultivo de Galicia.

16.30-18.30 h. El acceso a la función pública local

Prof. Dr. *José Bermejo Vera*, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

18.30-20.30 h. Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión de la función pública local

Prof. *Joan Mauri*, profesor titular (EU) de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, ex coordinador de Régimen Interior, Hacienda y Planificación de la Diputación de Barcelona.

Viernes 4 de abril

9.30-11.00 h. El régimen sancionador de los funcionarios locales

Ilmo. Sr. *Joaquín José Ortiz Blasco*, magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

11-12.30 h. Mesa redonda. Los procesos de negociación colectiva en la función pública local

–Ilmo. Sr. *Enrique Cáncer Lalanne*, magistrado del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

–Prof. Dr. *Luis Ortega Álvarez*, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

–*Jorge Pueyo Moy*, jefe de sección de la Asesoría Jurídica de la Diputación de Huesca.

–Prof. Dr. *Miguel Beltrán de Felipe*, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

13.30 h. Conferencia de clausura

Excmo. Sr. *Eduardo Bandrés Moliné*, catedrático de Economía Aplicada, consejero de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón.

14.30 h. Comida ofrecida por la Excm. Diputación de Huesca

Visita guiada al Castillo de Loarre y a la Colegiata de Bolea

Ciclo de seminarios

“Profundizando en el derecho local”

Coordinados por el Excmo. Sr. *José Luis Requero Ibáñez*, magistrado, vocal del Consejo General del Poder Judicial, y el Ilmo. Sr. *Eduardo Ortega Martín*, magistrado, jefe del Gabinete del Presidente del Consejo General del Poder Judicial

FECHAS

Del 25 de abril al 19 de diciembre de 2003

LUGAR

Aula de la Fundación, General Castaños 4, 2.º, de Madrid

PROGRAMA

25 de abril

10.00 h. La protección de los datos personales en la actividad de las corporaciones locales

Ilmo. Sr. *Eduardo Calvo Rojas*, presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

12.00 h. La reforma de las haciendas locales

Ilmo. Sr. *Jesús Chamorro González*, magistrado, juez de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Oviedo.

20 de junio

10.00 h. Competencias en materia de medio ambiente de las corporaciones locales

Ilmo. Sr. *Javier López Candela*, presidente de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

12.00 h. Entes locales y derecho comunitario

Ilmo. Sr. *Joaquín Huelin Martínez de Velasco*, magistrado, letrado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

26 de septiembre

10.00 h. Efectos de la inmigración sobre las competencias locales y la vida ciudadana

Ilmo. Sr. *Eduardo Ortega Martín*, magistrado, jefe del Gabinete del Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

12.00 h. El nuevo marco del derecho urbanístico

Ilmo. Sr. *Diego Córdoba Castroverde*, magistrado, jefe del Gabinete del Presidente del Tribunal Supremo.

21 de noviembre

10.00 h. Servicios locales

Ilmo. Sr. *Fernando Román García*, magistrado, director del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial.

12.00 h. Relaciones interadministrativas y control jurisdiccional

Ilmo. Sr. *Carlos Lesmes Serrano*, magistrado, director general de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia.

19 de diciembre

10.00 h. Democracia local

Ilma. Sra. D.ª *Isabel Perelló Doménech*, magistrada, letrada del Tribunal Constitucional.

12.00 h. Estabilidad presupuestaria de los entes locales y los servicios públicos

Excmo. Sr. *José Luis Requero Ibáñez*, magistrado, vocal del Consejo General del Poder Judicial.

Más información

Fundación Democracia y Gobierno Local.

General Castaños, 4, 2.º

28004 Madrid. Tel. 91 702 04 14. Fax 91 310 34 99.

fund@gobiernolocal.org - www.gobiernolocal.org

- 5 PRESENTACIÓN
- 6 ESTUDIOS
- 7 Contaminación acústica y competencias locales en materia de protección medioambiental
Rafael Fernández Montalvo
- 38 La garantía constitucional de la suficiencia financiera de las entidades locales
Manuel Medina Guerrero
- 58 La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)
Vicenç Aguado i Cudolà
- 89 Protección de datos personales y padrón municipal
Ignacio Villaverde Menéndez
- 105 La reforma de las haciendas locales y del catastro
Emilio Aragonés Beltrán
- 142 INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS DE LOS ENTES LOCALES
- 143 La base imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras correspondiente a un parque eólico
Vicente Calvo del Castillo
- 150 Posible incompatibilidad entre el cargo de concejal de urbanismo, con dedicación parcial, y el ejercicio de la actividad profesional de arquitecto dentro del mismo término municipal
Carmen Fibla Nicolau
- 158 Posibilidad de enajenación directa, por debajo del valor de mercado, de terrenos del patrimonio municipal del suelo con destino a la promoción y la construcción de viviendas de protección oficial
Francisco Cacharro Gosende
- 165 Reclamación de daños formulada ante un ayuntamiento por un accidente de circulación por el choque con un jabalí
Jorge Pueyo Moy
- 171 CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS Y LOS REGLAMENTOS LOCALES
- 172 La ocupación del dominio público municipal por las redes de servicios: reflexiones al hilo de la regulación, en tres ordenanzas municipales, de infraestructuras comunes para todas las conducciones técnicamente compatibles
Domènec Sibina Tomàs
- 192 CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa
- 193 A) Jurisdicción constitucional
- 196 B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- 198 C) Jurisdicción contencioso-administrativa
- 215 D) Jurisdicción civil
- 217 E) Jurisdicción penal
- 219 AGENDA DE ACTIVIDADES