

Cuadernos de Derecho Local

número

3

Octubre de 2003



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno 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



PRODUCCIÓN Y ASESORAMIENTO LINGÜÍSTICO

FGL ☎ 932 370 909

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SIDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

Depósito legal: B-4681-2002
ISSN: 1696-0955



José Luis Requero Ibáñez

Magistrado especialista
de lo contencioso-administrativo.
Vocal del Consejo General
del Poder Judicial

Manuel Aragón Reyes

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Autónoma de Madrid

Antonio Serrano Pascual

Secretario general
de la Diputación de Huesca

Juli Ponce Solé

Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Ignacio Villaverde Menéndez

Profesor titular de Derecho Constitucional
de la Universidad de Oviedo

Joaquín José Ortiz Blasco

Magistrado

Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli

Profesora titular de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense de Madrid

Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero

Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

Leonor Moral Soriano

Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad de Granada

Judith Domínguez Serrano

Doctora en Derecho
por la Universidad Autónoma de Madrid

José María Esquerda Roset

Secretario general
de la Diputación de Barcelona

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 6

Estabilidad presupuestaria y servicios públicos locales
(estado de la doctrina) 7

El estatuto de capitalidad de Madrid 20

El sistema de fuentes de las entidades locales (II) 27

Inmigración, religión y Derecho urbanístico 56

Protección de datos personales y padrón municipal (II) 72

Régimen sancionador de los funcionarios locales
(en especial, el régimen jurídico aplicable en Cataluña) 91

Estudio sobre el actual régimen jurídico estatal
y autonómico de las relaciones entre la ordenación
del territorio, el medio ambiente, la seguridad vial y
las infraestructuras viarias 102

Ordenanzas locales, reserva de ley y reservas democráticas.
A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de
Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003 120

Coordinación de la autorización ambiental integrada
con otros instrumentos de intervención ambiental:
la licencia de actividades clasificadas 131

INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS
DE LOS ENTES LOCALES 152

La constitución de las diputaciones provinciales
en los supuestos de interposición de recursos
contra la proclamación de concejales electos 153

Conxa Puebla Pons

Letrada coordinadora del Servicio
de Asistencia Judicial Local de
la Diputació de Barcelona

Carlos Manuel Trujillo Morales

Letrado asesor-director
del Excmo. Cabildo Insular de Gran Canaria

Domènec Sibina Tomàs

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

Domènec Sibina Tomàs

Eva Arnal Arasa
Abogada

Posibilidad que el ayuntamiento, con cargo al presupuesto municipal, proceda al pago de multas penales impuestas a cargos electos en virtud de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona: responsabilidad contable y presunto delito de malversación de fondos y de prevaricación 154

Informe jurídico en relación con el expediente administrativo que se está tramitando por el Cabildo Insular de Gran Canaria para la desafectación parcial o modificación, en su caso, de la delimitación del Monumento Teatro Pérez Galdós, sito dentro del conjunto histórico Vegueta-Triana, en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria. 161

**CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS
Y LOS REGLAMENTOS LOCALES** 174

**Las ordenanzas de conservación y policía
de los caminos municipales de uso público (II)** 175

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 213

A) Jurisdicción constitucional 215
B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 226
C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. 227
D) Jurisdicción contencioso-administrativa. 229
E) Jurisdicción penal 249

**ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL** 255

Basta con ojear el sumario de este QDL para constatar, más allá de toda duda razonable, la veracidad de una afirmación que, de sólo, se utiliza como un paliativo del desconsuelo: desconocido aunque fecundo; olvidado aunque creativo; universal, si bien a pequeña escala.

En efecto, el Derecho local está llamado a disciplinar el primero de nuestros escenarios públicos y, como todo lo que es próximo, necesita adaptarse con urgencia a las demandas más inmediatas. Demandas que se proyectan sobre los múltiples ámbitos en los que desplegamos nuestra actividad y que son reflejo de nuestras inquietudes como seres sociales. No es de extrañar, en consecuencia, que el urbanismo y la religión (tema del que se ocupa el profesor Ponce Solé) se fundan en la escena público-local hasta el punto de traducirse en un abanico de problemas jurídicos de nueva generación que requieren de una pronta respuesta. Tampoco lo es que resulte imprescindible abordar, desde una perspectiva multirrelacional, los puntos de contacto que, en Derecho, se aprecian entre la ordenación del territorio, las infraestructuras y la seguridad vial, cuestión de la que se ocupa la profesora Martínez-Carrasco Pignatelli.

En ese proceso de adaptación, el Derecho local ha experimentado un fuerte impulso de innovación y aclimatación a las circunstancias, buscando en sus adentros –principios informadores– alternativas hermenéuticas que faciliten un acondicionamiento natural y lo menos traumático posible. Un ejemplo de esta procura, basada en la experiencia de las últimas elecciones, lo podemos encontrar en el estudio que nos presenta José María Esquerda Roset sobre la constitución de las diputaciones provinciales en los supuestos de interposición de recursos contra el acto de proclamación de concejales electos. Problema no previsto expresamente en la normativa electoral y que, sin embargo, no puede ser relegado en el tiempo, salvo que se opte por sacrificar el principio democrático. Dificultades interpretativas que también se producen a la hora de deslindar la responsabilidad penal de la meramente administrativa, sobre todo cuando se trata de imputar finalmente las consecuencias jurídicas del ilícito (véase el informe elaborado por Conxa Puebla Pons), al tiempo de interesarse soluciones para hacer frente a la desafectación parcial de edificios situados en cascos históricos, cuestión que analiza Carlos Trujillo Morales en su informe jurídico; o, finalmente, cuando, desde un tribunal de justicia, uno se enfrenta con determinados aspectos del régimen sancionador de los funcionarios públicos locales, cuestión estudiada en este QDL por el magistrado Ortiz Blasco.

Más teórica, aunque no menos creativa, es la propuesta del profesor Manuel Aragón Reyes, que encabeza la sección de estudios de este QDL y que nos acerca directamente a los problemas jurídicos específicos de aquellas ciudades que, como Madrid, tienen que asumir el designio constitucional de ser la capital de un Estado. Singularidad que aconseja un estatuto jurídico propio, adecuado y capaz de ofrecer respuestas a las necesidades derivadas de aquella condición.

El Derecho local también es un viaje al pasado. Un regreso a instituciones jurídicas que a menudo parecen coexistir en el olvido, cuando, sin embargo, forman parte del presente más inmediato. Así lo evidencia la sección “Crónica de las ordenanzas y los reglamentos locales”, dirigida por el profesor Domènec Sibina, dedicada, en esta ocasión, al estudio de las ordenanzas sobre conservación y policía de los caminos municipales de uso público, y el interesantísimo estudio de Daniel Sarmiento y Leonor Moral sobre una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaró parcialmente nulo el reglamento municipal de inspección de viviendas de aquella capital por carecer sus normas sancionadoras de la debida cobertura legal. He aquí el retorno a un eterno y mal resuelto problema al que, con acierto, los autores identifican bajo la expresión “reserva de ley y reservas democráticas”.

Sabemos que los buenos perfumes se guardan en frascos pequeños. Ciertamente, las cuestiones jurídico-locales no pueden encerrarse en el interior de fronteras de cristal. Antes bien, su esencia puede y debe ser volcada sobre el papel y hacerse circular para su discusión y debate. Ése es, como siempre, el propósito confeso de este nuevo QDL: seleccionar esencias de Derecho local para que, entre todos, las podamos compartir. Por ello mismo no nos cansaremos de repetir lo importante que son sus colaboraciones y sugerencias.

Francisco Caamaño Domínguez
*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.

Del ámbito universitario se publican seis trabajos. Uno de ellos, “Protección de datos personales y padrón municipal (II)”, del profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Ignacio Villaverde Menéndez, es la segunda parte del trabajo que publicó en el número 1 de esta revista. Aborda, desde la perspectiva de la legislación orgánica de protección de datos personales, la creación del padrón municipal y la designación de la autoridad responsable, las medidas de seguridad, el régimen jurídico del acceso a los datos y la gestión externa. Este trabajo completa otros ya publicados en la revista sobre un tema que consideramos no sólo de actualidad sino también de trascendencia para el ámbito local, y que seguirá siendo objeto de estudios en los próximos números desde perspectivas diversas. “El estatuto de capitalidad de Madrid” es un trabajo del catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, Manuel Aragón Reyes, que nos permita valorar cómo la legislación debe diferenciar entre las distintas realidades que se engloban en el fenómeno de las grandes ciudades, y de manera concreta un aspecto singular, como es la capitalidad (en este caso del Estado y de la Comunidad Autónoma de Madrid).

Juli Ponce Solé, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, en el trabajo “Inmigración, religión y Derecho urbanístico” nos aporta información novedosa y una reflexión del urbanismo desde una óptica claramente diferenciada a la dominante en nuestro panorama doctrinal (que proyecta la luz de los estudios fundamentalmente sobre el derecho de propiedad). Las políticas públicas sobre la transformación urbanística del territorio, en cuanto definen los parámetros del mercado inmobiliario, son, sin duda, un elemento clave en el crecimiento económico y en el ahorro y la inversión de familias y empresas. Pero son más que eso, determinan el hábitat, la ciudad, que no sólo es lo que da el concreto valor a cada inmueble; también es el centro de múltiples relaciones humanas y la condición (o el impedimento) para el ejercicio de muchos derechos prestacionales.

Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, publica “Estudio sobre el actual régimen jurídico estatal y autonómico de las relaciones entre la ordenación del territorio, el medio ambiente, la seguridad vial y las infraestructuras viarias”, en el que con detalle establece el régimen jurídico de travesías y tramos urbanos de las carreteras.

Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero y Leonor Moral Soriano, en “Ordenanzas locales, reserva de ley y reservas democráticas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003”, realizan una lectura crítica de la sentencia que anula los artículos 25 a 32 de la Ordenanza sobre conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones del Ayuntamiento de Madrid (publicada en el BOCAM de 23 de febrero de 1999), que imponen al propietario de una edificación el deber de tener que presentar al ayuntamiento un informe elaborado por un técnico que determine el estado de deficiencias que presentan los inmuebles con más de veinte años de antigüedad, o cada diez años, a contar desde la fecha de aprobación de la ordenanza. El presidente de la sala emite un voto particular cuyo contenido merece una especial atención. La sentencia plantea de nuevo la tensión entre la autonomía local garantizada constitucionalmente y la reserva de ley.

Judith Domínguez Serrano publica el trabajo “Coordinación de la autorización ambiental integrada con otros instrumentos de intervención ambiental: la licencia de actividades clasificadas”.

De la judicatura provienen dos trabajos. “Estabilidad presupuestaria y servicios públicos locales (estado de la doctrina)”, de José Luis Requero Ibáñez, magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y vocal del Consejo General del Poder Judicial, que ya ha colaborado con esta revista en otra ocasión, y “Régimen sancionador de los funcionarios locales (en especial, el régimen jurídico aplicable en Cataluña)”, del magistrado Joaquín José Ortiz Blasco.

Antonio Serrano Pascual, secretario general de la Diputación de Huesca, publica “El sistema de fuentes de las entidades locales (II)”, segunda parte del trabajo publicado en el QDL, 2, en el que aborda de manera principal las fuentes autónomas del ordenamiento local y nos vuelve a permitir reflexionar sobre la potestad reglamentaria de los entes locales. El artículo se cierra con el apartado que lleva el sugestivo título de “La seguridad jurídica y el problemático sistema de fuentes de las entidades locales”.

Estabilidad presupuestaria y servicios públicos locales (estado de la doctrina)

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

1. El principio de estabilidad presupuestaria en el proceso de construcción europea.
2. Marco jurídico de la estabilidad presupuestaria.
 - 2.1. Derecho de la Comunidad Europea. 2.2. Derecho interno.
3. Significado y alcance de la estabilidad presupuestaria.
 - 3.1. Estabilidad presupuestaria y principios presupuestarios. 3.2. Estabilidad presupuestaria y opción ideológica. 3.3. Estabilidad presupuestaria y actividad prestacional de las administraciones. 3.4. Constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria y constitucionalidad de las leyes de estabilidad presupuestaria.
4. Estabilidad presupuestaria y Administración local.
 - 4.1. Antecedentes de la estabilidad presupuestaria en el régimen local. 4.2. Estabilidad presupuestaria y alcance del concepto "sector público". 4.3. Estabilidad presupuestaria, autonomía financiera y garantía institucional de la suficiencia financiera de los entes locales. 4.4. Algunos aspectos del régimen jurídico de la estabilidad presupuestaria. 4.4.1. Fijación del objetivo de déficit. 4.4.2. Control y consecuencias.

1. El principio de estabilidad presupuestaria en el proceso de construcción europea

Es un lugar común al explicar la concepción y el desarrollo de la actual Unión Europea fijarse en el proceso evolutivo que tuvo como punto de partida una comunidad basada en la política aduanera para las transacciones de materias primas –el carbón y el acero–, de la que se pasó a un espacio de libre circulación de personas, capitales y mercancías, y que evoluciona a un espacio jurídico, económico, social y de derechos común, es decir, a una unión no sólo en lo económico, sino en lo político.

El nacimiento de la CECA, la CEE y el EURATOM no podría explicarse sin el anhelo, de un lado, de cerrar viejas quiebras en el suelo europeo –Francia y Alemania– que tanta tragedia trajo al siglo xx y la necesidad de unir los destinos de esas naciones en una Europa unida frente a la amenaza soviética de la posguerra mundial.¹

En lo que ahora nos interesa, el proceso iniciado en 1951 tiene un importante punto de inflexión con la firma del Acta Única Europea de 1986, que supuso ante todo la superación de una visión estrictamente economicista de la Comunidad Europea. A partir del Acta Única dos son los hitos sin cuya mención no se puede entender la materia objeto de estudio. De un lado, la firma en 1992 del Tratado de la Unión Europea y, del otro, la firma en 1997 del Tratado de Amsterdam.

El Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht implica, sin sustituir a las comunidades hasta ese momento existentes, la creación de la Unión Europea, consolida el proceso de integración política, introduce la ciudadanía europea, se acuña la denominación de Comunidad Europea y aboga por el establecimiento gradual de la Unión Económica y Monetaria con la implantación de una moneda única. El segundo hito es el Tratado de Amsterdam (1997), por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, de forma que una vez ratificado se puso en marcha la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria con la creación del Banco Central Europeo. Por último, hay que citar el Tratado de Niza (2001), con el que se concluye el proceso iniciado por el Tratado de Amsterdam, todo con la finalidad de preparar las instituciones de la Unión Europea a una Unión ampliada.

Como se ha dicho, en este proceso de construcción europea un hito esencial es la consecución de la Unión Económica y Monetaria, como paso necesario para lograr los objetivos del artículo 2 del TUE, que se con-

cretan en el objetivo de una unión política, social, económica, jurídica y defensiva. Para lograr esa Unión Económica y Monetaria se diseñó un proceso de convergencia sostenible de las diferentes economías de los estados miembros que hiciese viable el instrumento esencial de esa Unión, el euro, verdadero símbolo de la Unión Europea, que permitirá materializar intensamente la idea del Mercado Único.

Algunos autores² diferencian entre política económica y monetaria. La política económica se caracterizaría por lo privativo de cada Estado miembro, si bien bajo la debida coordinación (cf. el artículo 4.2 del TCE); por el contrario, para los países incursos en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, o fase del euro, la política monetaria ha supuesto una transferencia de soberanía al Banco Central Europeo y a la Comisión. Ahora bien, dice Linde, quince economías diferenciadas no son competitivas, de ahí la necesidad de coordinación y de seguir unas orientaciones en el llamado GOPE, en cuyo marco cada Estado propone su plan de estabilidad. Por estas razones se aprobó el pacto de estabilidad, integrado por diversos reglamentos y directivas así como las recomendaciones integradas en el GOPE.

Para esto ha sido preciso que los países que accedieron a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria iniciada el 1 de enero de 1999 –doce de los quince– coordinen sus políticas económicas, a lo que hay que añadir la asunción por parte de las instituciones europeas de competencias monetarias mediante el Banco Central Europeo y la armonización de la imposición indirecta. Estos elementos se encaminan a generar, por un lado, una verdadera política económica europea, para lo que han de contar con unas finanzas públicas saneadas que posibiliten y respalden la estabilidad de la moneda única, lo que conllevará su credibilidad, y, por otro lado, que los distintos países colaboren con el BCE en la política de estabilidad de precios.

La Unión Económica y Monetaria exige que se evite en cada Estado un déficit presupuestario excesivo (cf. el artículo 104C,1 del TUE), de ahí que se precise una política de vigilancia presupuestaria basada más en el control del gasto que en la política de ingresos. Con esta finalidad se firmó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento del equilibrio financiero previsto en el Tratado de Maastricht. Su origen está en la propuesta del ministro alemán de Finanzas, Theo Waigel, en vísperas del Consejo Europeo de Madrid, de 1995, adoptado en el Consejo Europeo de Dublín de diciembre de 1996 y aprobado en el de Amsterdam de 17 de junio de 1997.

1. Sobre estos extremos vid. ADENAUER, K., *Memorias (1945-1953)*, Madrid, 1965, y LEJEUNE, R., *Robert Schuman. Padre de Europa (1886-1963)*, Madrid, 2000.

2. LINDE PANIAGUA, E. "Ley de estabilidad presupuestaria y sus repercusiones en el ámbito local", en *Problemas actuales de la Administración local*, Madrid, 2002.

El objetivo de dicho pacto es acordar a medio plazo un marco de vigilancia multilateral para garantizar esa disciplina presupuestaria, de forma que la actuación del poder público quede sometida a una regla de disciplina fiscal que vincula su capacidad de generación de déficit –y, por tanto, de endeudamiento– con el PIB. Con este pacto se persigue crear unas condiciones económicas estables en el área euro que estimulen el crecimiento y el empleo, aliviando la política monetaria mediante perspectivas de inflación bajas que permitan el mantenimiento de tipos bajos y la estabilidad de precios.

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento exige que los países de la zona euro aprueben programas de estabilidad –antiguos programas de convergencia– y los que se sitúan fuera de la zona euro mantienen esos programas de convergencia. Además, el pacto se plasma en una serie de medidas de supervisión multilateral cuyo objetivo consiste en que los países no se desvíen en sus objetivos presupuestarios y que el déficit público no supere el 3% del PIB para que, una vez puesta en marcha la Unión Monetaria, los déficits presupuestarios nacionales se reduzcan progresivamente hasta lograr el equilibrio; para quienes incumplan ese objetivo se prevén sanciones y los tres supuestos de excepción en los que un Estado quedaría exento de las mismas. El objetivo es que a medio plazo se logren situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o superávit, y ante el dilema de coordinar este objetivo de gasto público se han apuntado dos posibilidades. Una, no alterar la estructura del gasto y mantenerlo mediante el incremento de la presión fiscal para compensar que no se tenga que acudir a la deuda pública; la otra posibilidad es no incrementar la presión fiscal a cambio de reducir el gasto público.

Resalta Uría³ que el objetivo de la Unión Europea no es tanto lograr un déficit público inferior al 3% del PIB como avanzar en el principio de finanzas públicas saneadas reflejado en artículo 4.3 del TCE.⁴ Este objetivo, insiste Uría, es diferente de la fijación de un límite máximo de déficit. No obstante lo dicho, hay quienes dudan que tal objetivo siga en vigor, dudas o, más bien, críticas de personajes tan relevantes como el propio presidente del Consejo, Romano Prodi, que en octubre de 2002 llegó a tildar el Plan de Estabilidad de “estúpido, rígido e imperfecto”, especialmente ante la situación de abultado déficit de naciones como Francia o Alemania. No obstante, las noticias de esta primavera de 2003 nos

anuncian la aplicación de procedimientos sancionadores a Francia.⁵

2. Marco jurídico de la estabilidad presupuestaria

Visto cuál es el lugar del principio de estabilidad en el proceso de construcción europea, procede exponer cuál es el régimen normativo que lo regula, para lo que se analizará el régimen derivado del Derecho comunitario y su traslado al ordenamiento nacional.

2.1. Derecho de la Comunidad Europea

El artículo 4.3 del Tratado de la Comunidad Europea dispone que “dichas acciones de los estados miembros y de la Comunidad implican el respeto de los siguientes principios rectores: precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable”.

La exigencia de finanzas públicas sólidas es instrumental respecto de los objetivos del artículo 2, conforme al cual “la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los estados miembros”.

Tras el Tratado de la Comunidad Europea, el artículo 104 impone a los estados el deber de evitar los déficits públicos excesivos. De esta manera apodera a la Comisión para supervisar la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los estados, examinando la observancia de la disciplina presupuestaria. Dicho precepto va acompañado de un protocolo que ha sido aplicado por el Reglamento 3605/93, del Consejo, de 22 de noviembre.

Colofón de este marco normativo, en lo que al Derecho originario se refiere, es la aprobación del proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (presentado al Consejo Europeo

3. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. “Estabilidad presupuestaria y Administración local”. *Tributos Locales* núm. 17, abril 2002.

4. Como requisito para la acción de los estados miembros en orden a lograr una política económica coordinada como requisito para la consecución de los fines del artículo 2 del TCE.

5. Sobre el caso alemán, aparte de lo que se dice más abajo en la nota 20, puede verse el interesante artículo publicado en la Tercera de ABC el 10 de

mayo de 2003 por Juerger B. Donges, “La economía europea, sin locomotora”. Ante la hipótesis de aplicar el Pacto de Estabilidad de “forma flexible” afirma que “un relajamiento en el camino hacia el déficit cero no puede más que socavar el necesario compromiso por reformar los fundamentos estructurales de las economías y adaptarlos a las nuevas condiciones derivadas de la globalización de los mercados, las nuevas tecnologías y la evolución demográfica”.

reunido en Salónica el 20 de junio de 2003), sustituirá a los anteriores tratados. Advertir que para el ámbito interno de las cuentas de la Unión, el proyecto de tratado de Constitución para Europa (artículos I-54: “Marco financiero plurianual” y I-55 “Presupuesto de la Unión”), recoge el principio de equilibrio presupuestario en cuanto a ingresos y gastos (o que se arbitre un marco financiero plurianual). En lo relativo a la estabilidad presupuestaria la regulación se establece en términos análogos al momento presente.

Junto a estos textos de Derecho originario hay que hacer referencia a los consejos europeos de Madrid (1995), Florencia (junio de 1996), Dublín (diciembre de 1996) y al Consejo de Amsterdam de 17 de junio 1997, en el que se aprueba el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que había sido previamente adoptado en Dublín. En virtud de dicho pacto se fijan las líneas generales para lograr el déficit público inferior al 3%, todo con la finalidad de conseguir unas finanzas públicas saneadas que permitan y determinen la estabilidad del euro y colaboren con el Banco Central Europeo para alcanzar la estabilidad de precios y, en definitiva, el equilibrio financiero.

La doctrina⁶ destaca que ese pacto ha ido acompañado por dos normas como son el Reglamento de la Comunidad Europea 1466/97, del Consejo, de 7 de julio, y el Reglamento de la Comunidad Europea 1467/97, del Consejo, de 7 de julio, lo que implica normas de alcance general, de obligado cumplimiento en todos sus elementos y directamente aplicables por cada Estado miembro. A su vez, hay que destacar las recomendaciones del Consejo Europeo de Santa María de Feira, de junio de 2000, en las que se insta a los estados miembros a seguir con el saneamiento de cuentas más allá del nivel mínimo para cumplir los requisitos del Plan de Estabilidad y Crecimiento.

Todo este entramado normativo comunitario tiene una especial significación. Como señala García Novoa,⁷ la idea de la estabilidad presupuestaria ha pasado de ser indetectable con un postulado ideológico a convertirse en un principio jurídico de obligado cumplimiento (Maastricht) y a ser un instrumento de la política económica de estados de la Comunidad Europea.

2.2. Derecho interno

Por lo que se refiere al Derecho interno español, en enero de 2000 se aprobaba el Programa de Estabilidad

del Reino de España, y en lo que ahora interesa el régimen jurídico de la estabilidad queda regulado en las siguientes normas. En primer lugar, la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, y la Ley orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, norma que se dicta por separado de la anterior y con rango de ley orgánica a raíz del Dictamen del Consejo de Estado de 19 de enero de 2001 al Anteproyecto de ley de estabilidad presupuestaria, en el que se aconsejaba que se desgajase aquellos preceptos que modificaban la Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas.⁸ Está anunciado que la Ley 18/2001 vaya acompañada de un reglamento de desarrollo cuyo contenido se ceñiría a regular, entre otras materias, el procedimiento para la calificación de los entes locales; la supervisión del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, regulando el procedimiento para que los ayuntamientos remitan la información necesaria; contenido, plazos y procedimientos para la aprobación de los planes económico-financieros de corrección de los desequilibrios; las distintas situaciones en que podrán presentarse desequilibrios, y el seguimiento de los planes de corrección.⁹

Pero junto a esta normativa y en lo que hace al régimen local, es de obligada cita la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales, y en especial su artículo 54, que establece un régimen de autorización por el Ministerio de Hacienda de las operaciones de crédito que en ese precepto se regulan. A su vez, el artículo 146, que, tras disponer en su apartado 1 que “el presupuesto general atenderá al cumplimiento del principio de estabilidad en los términos previstos en la Ley 18/2001, general de estabilidad presupuestaria [...]”, prevé en su párrafo 4 que “cada uno de los presupuestos que se integran en el presupuesto general deberá aprobarse sin déficit inicial”. La redacción actual de ambos preceptos procede de la reforma efectuada por la disposición adicional única de la Ley 15/2001; y a lo dicho hay que añadir la reforma de las haciendas hecha por la Ley 5/2002, de 27 de diciembre.

Sin perjuicio de lo que más abajo se dirá, las opiniones sobre este marco normativo visto en su conjunto han sido críticas. Se ha dicho, así, por ejemplo, que por medio de ellas se ha optado por lograr la estabilidad presupuestaria no tanto mediante la coordinación entre administraciones como acudiendo a la vía legal de imponer la estabilidad. Señalan así Lasarte y Adame¹⁰ que la coordinación había sido la vía elegida en cuanto al control del endeudamiento de las haciendas autonómicas,¹¹ si bien

6. PASCUA MATEO, Fabio. “Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales”. *Revista de Administración Pública*, núm. 158.

7. GARCÍA NOVOA, César. “Fundamento de la Ley de estabilidad presupuestaria. Presupuesto y gasto público”.

8. Vid. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, *op. cit.*

9. Vid. BOCG, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 299, Comisión de las Entidades Locales, comparecencia del ministro de Hacienda del 6 de junio de 2002.

10. LASARTE ÁLVAREZ, Javier y ADAME MARTÍNEZ, Francisco. “La política española de limitación del gasto público en España. Consideraciones sobre las leyes de estabilidad presupuestaria”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, septiembre-diciembre 2001.

11. Lo que tenía lugar en el Consejo de Política Fiscal y Financiera en el caso de las comunidades autónomas, de manera voluntaria en el marco del Tratado de la Unión y luego en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, dando lugar al llamado Escenario de Consolidación Presupuestaria.

es más eficaz acudir a la vía del dictado de normas de obligado cumplimiento para todas las administraciones, lo que ha suscitado dudas sobre su constitucionalidad¹² por razón, en especial, de su obligatoriedad para las comunidades autónomas. Esta crítica por haberse abandonado la vía de la coordinación la sustentan también Ezquiaga y García de Bustos,¹³ para los cuales las leyes de estabilidad en realidad han ido más allá del Tratado de la Unión y del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.¹⁴

En todo caso, se trata de críticas centradas en el ámbito de la Administración autonómica por razón de su afectación al ámbito competencial de esas administraciones, lo que no son del todo predicables de la Administración local, ámbito en el que ya regía un sistema de autorización así como el llamado *escenario de consolidación presupuestaria* del artículo 54.4 de la Ley de haciendas locales; además, en este ámbito, la autonomía local (artículo 137 de la Constitución) más la garantía de suficiencia financiera (artículo 142 de la Constitución), ambos constitucionalmente garantizados, juegan un papel de menor intensidad que en las comunidades autónomas.

3. Significado y alcance de la estabilidad presupuestaria

3.1. Estabilidad presupuestaria y principios presupuestarios

La Ley 18/2001 instaure unos principios que, junto con el de estabilidad presupuestaria, determinan en lo sucesivo el desarrollo de la política del sector público tal y como se le clasifica en el artículo 2. Estos nuevos principios vienen a engrosar los ya tradicionales de la disciplina presupuestaria como son, atendiendo a su variada tipificación, los de equilibrio, anualidad, neutralidad, unidad, especialidad y universalidad, etcétera.

Principio de estabilidad presupuestaria (artículo 3)

Es, obviamente, el básico e implica para las administraciones territoriales la situación de equilibrio o de superávit, computada desde el punto de vista de la capacidad de financiación. A tales efectos, se toma como criterio de referencia el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (en adelante, SEC95).

En cuanto a la Administración institucional dependiente de los entes locales, la estabilidad presupuestaria supone “la posición de equilibrio financiero a la que, en su caso, se accederá a través de la adopción de estrategias de saneamiento que eviten o disminuyan las pérdidas y puedan aportar beneficios adecuados a su objeto social o institucional”.

A la vista de tal precepto, ¿qué aporta la estabilidad frente al tradicional principio de equilibrio? Sí que parece que ambos principios se confunden en la Ley 18/2001, tal y como se deduce del artículo 3 o de las rúbricas de los capítulos II y III o de la llamada a situaciones de “desequilibrio” para cuando no se cumplan los objetivos de estabilidad. De esta manera, estabilidad es equilibrio, pero también superávit.¹⁵ El equilibrio presupuestario, dentro de los criterios propios del Estado liberal, supone que los ingresos ordinarios deben bastar para satisfacer el gasto ordinario, de forma que el presupuesto se cierre en equilibrio.

No se trata ahora de analizar la evolución de ese principio, especialmente a raíz de las teorías intervencionistas de los años treinta, de las que más abajo se dejará constancia, para indagar en el trasfondo ideológico de la estabilidad, pero, en todo caso, llámese equilibrio o estabilidad, lo cierto es que en consonancia con los postulados liberales, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento opta por limitar el empleo del déficit público como instrumento de política económica.

Con todo, el principio de estabilidad se diferenciaría del puro equilibrio por su configuración legal. Así, la estabilidad presupuestaria no es un mero objetivo para el saneamiento de las cuentas públicas, su razón de ser. Lo que le hace ser distinto está en su carácter instrumental para la Unión Económica y Monetaria y, en concreto, para la creación del euro; de esta forma su fijación como objetivo se asienta en el título competencial que le corresponde al Estado como responsable del sistema monetario y director de la economía. Como consecuencia, en su configuración legal implica unos procedimientos de seguimiento y control, unas medidas sancionadoras, la previsión de mecanismos correctores o su carácter plurianual.

Principio de plurianualidad (artículo 4)

Como se ha indicado, la plurianualidad es un elemen-

12. En efecto, están pendientes de resolución los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la Ley 18/2001 y contra la Ley orgánica 5/2001.

13. EZQUIAGA, Ignacio y GARCÍA DE BUSTOS, Felicidad. “Estabilidad, autonomía y contabilidad nacional”. *Análisis Local*, núm. 36, mayo-junio 2001.

14. En el debate estrictamente político pueden verse las del senador Curto Forés en BOCG, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 299, Comisión de las Entidades Locales, comparecencia del ministro de Hacienda del 6 de junio de 2002, que afirmaba que “no es menos cierto que la propuesta de leyes de estabilidad presupuestaria para el Estado español ha sido más restrictiva que el propio Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea”.

15. Algunos autores diferencian estabilidad de equilibrio en el sentido de que la estabilidad va más allá, ya que lo propio del equilibrio es desenvolver-

se en el aspecto inicial, mientras que la estabilidad también opera en la fase final o de liquidación. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. “Las leyes de estabilidad presupuestaria: Una perspectiva jurídico-constitucional”. *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 29, 2002. Sobre la idea de que la estabilidad va más allá del mero equilibrio, vid. AGUIAR DE LUQUE, Luis y ROSADO IGLESIAS, Gema, “La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las autonomías”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12 (enero-abril 2001), página 17 y ss. Por su parte, GARCÍA NOVOA, *op. cit.*, página 150, apunta que la estabilidad opera frente al dogma del equilibrio, opuesto a toda idea de déficit. La estabilidad, según el Plan de Estabilidad y Crecimiento, supone situaciones próximas al equilibrio o superávit, pero sin excluir de raíz el déficit.

to novedoso del principio de estabilidad. De esta forma, si bien el objetivo de la estabilidad presupuestaria se fija con carácter plurianual, esto no supone abdicar del tradicional principio de anualidad que rige la aprobación y ejecución presupuestaria (artículos 144 y 145 de la Ley 39/1988). Se entiende así que la plurianualidad incida más en ese aspecto de política económica que encierra la estabilidad presupuestaria.

Principio de transparencia (artículo 5)

Por razón del control al que quedan sujetos los estados miembros para garantizar el control de la estabilidad presupuestaria, sus presupuestos y sus liquidaciones deben contener información suficiente y adecuada para permitir la verificación del cumplimiento de ese principio.

Principio de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos (artículo 6)

Especial importancia tiene el principio de eficiencia desde el punto de vista del gasto encaminado a satisfacer las competencias propias de cada Administración. Como se verá, con la estabilidad presupuestaria no se trata de que las administraciones dejen de hacer lo que venían haciendo o que su instauración implique una merma de los servicios públicos que tienen encomendados; es decir –y conviene ya anticiparlo–, la estabilidad no se desenvuelve en el ámbito de la autonomía local, ni en el de la autonomía financiera, ni en relación con el principio de suficiencia (artículo 142 de la Constitución), sino en el ámbito de la disciplina del gasto. Señala de esta manera el artículo 6 que la política de gasto público debe tener en cuenta la situación económica y el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria; de ahí que exija ahora por mandato legal una gestión de los recursos públicos orientada por la eficacia, la eficiencia y la calidad. En consecuencia, no se trata de mermar el gasto como idea de primera intención, sino de ordenarlo.

Como consecuencia de lo dicho, el artículo 6.2 exige que el objetivo de estabilidad impregne toda actuación que afecte primero a los presupuestos –artículo 146.1 de la Ley de haciendas locales– y desde esta norma al gasto público, lo que deberá plasmarse en la elaboración y aprobación de normas, actos administrativos, contratos y convenios de colaboración, etcétera.

Como ya se anticipó, analizando estos principios, autores como Lasarte y Adame¹⁶ sostienen que la ley española ha ido más allá de las exigencias deducibles del Pacto de Estabilidad y Crecimiento al sustituir la idea

de déficit excesivo por la de déficit cero, lo que no obstante entienden que debe interpretarse en sus justos términos.¹⁷ Esta idea de que la norma española va más allá del Tratado de la Unión y del Pacto de Estabilidad y Crecimiento también es sostenida por Ezquiaga y García de Bustos,¹⁸ y añaden que en España, en las relaciones Estado-comunidades autónomas, desde 1992 se vino funcionando, como ya se ha dicho, desde la coordinación en el marco de los Escenarios de Consolidación Presupuestaria, de forma que al finalizar en 2001 se sustituye por la estabilidad presupuestaria. Esto supone para los citados autores una “cesión de soberanía presupuestaria” de las comunidades autónomas al Estado, expresión esta –soberanía– que no debe dejar de matizarse.

3.2. Estabilidad presupuestaria y opción ideológica

El presupuesto es la expresión cifrada del programa de acción política de un gobierno, especialmente en lo que hace al gasto. Partiendo de esta premisa, ¿implica la estabilidad presupuestaria decantarse por una opción ideológica referida al concepto, papel o modelo de Estado respecto de la economía? Esta cuestión podría ser de mera elucubración teórico-ideológica en tanto en cuanto y a los efectos de este trabajo no afectase a la vocación de las administraciones que se encuadran en el sector público al que se refiere el artículo 2 de la Ley 18/2001. No obstante, la cuestión no es tanto cual es el trasfondo ideológico de la estabilidad presupuestaria como si con tal principio se imposibilita o dificulta que las administraciones puedan asumir eficazmente aquellas competencias prestacionales que hoy día tienen atribuidas.

Con todo, sí que hay que hacer algún comentario, máxime en cuanto puede suscitarse si la estabilidad está presente o no en nuestra Constitución, sobre si altera o no el modelo económico deducible del texto constitucional, al margen del debate sobre el encaje constitucional del nuevo principio desde la perspectiva del reparto competencial Estado-comunidades autónomas.

Desde el punto de vista de su operatividad y eficacia, se ha criticado el principio de estabilidad presupuestaria por considerarse “improcedente e innecesario”,¹⁹ al imponerse por ley la evitación del déficit público excesivo en situaciones de recesión y actuar en contra de aquellos que lo propugnaron,²⁰ lo que encierra una crítica hecha desde las concepciones intervencionistas del

16. LASARTE ÁLVAREZ y ADAME MARTÍNEZ, *op. cit.*, página 26.

17. Apuntan que el alcance contable de ese principio jurídico de la estabilidad es limitado, pues el auténtico compromiso es cumplir los objetivos del plan anual aprobado en Cortes, aparte de que se admiten excesos en casos excepcionales.

18. EZQUIAGA y GARCÍA DE BUSTOS, *op. cit.*, página 42.

19. *Vid.* JOVÉ PERES, Salvador, “Euro y Pacto de Estabilidad. Ante la cumbre de Barcelona”, en <http://www.izquierda-unida.es/informes/barcelona2002/euro.htm>.

20. El ejemplo que se cita es el de Alemania. Artífice de la política de estabilidad, se encuentra en una situación delicada que casi le hace acreedora de la “advertencia previa” de la Comisión. “Ahora todos son keynesianos”,

Estado. A su vez, identificado el tradicional principio de equilibrio como un tributo a las concepciones presupuestarias liberales, inspiradas en la idea de abstencionismo estatal, el keynesianismo, por el contrario, abogaría por el papel del Estado como motor de la economía, regulador de las relaciones y de unos ciclos que no pueden dejarse a las leyes naturales del mercado. El Estado asumiría así un papel equilibrador de los ciclos económicos que ahora quedaría de nuevo cuestionado por el principio de estabilidad, nueva versión del principio de equilibrio.

La forma que algunos críticos del principio de estabilidad presupuestaria tienen de asumirlo es “desideologizándolo”, es decir, apartándolo del principio de equilibrio presupuestario, recordando los compromisos constitucionales propios del Estado social, identificándolo con exigencias técnicas del ordenamiento comunitario y, además, como un medio no para una opción ideológica en la economía sino para estimular el empleo, frenar la inflación, lograr la óptima asignación de recursos y, en definitiva, un medio para la imprescindible convergencia que haga posible la Europa de la moneda única.²¹ No obstante, y como señala Uría,²² es fácil deducir que tras la estabilidad presupuestaria late el debate sobre el papel del Estado en la economía.²³

3.3. Estabilidad presupuestaria y actividad prestacional de las administraciones

Como se acaba de señalar, nuestra Constitución configura a España como un Estado social, lo que implica que los poderes públicos deben asumir la consecución de unos principios generales de política social y económica (*vid.* el capítulo III del título I de la Constitución). A su vez, y en lo que ahora nos interesa, el entramado normativo del régimen local diseña unas administraciones territoriales con una amplia gama de competencias y

servicios que deben o pueden asumir por razón de su círculo de intereses (cf. el artículo 2.1 de la Ley reguladora de las bases de régimen local), lo que, por principio, nos lleva a preguntarnos acerca de la compatibilidad de esas funciones y las consecuencias que se deriven de la estabilidad presupuestaria.

La pregunta, aun a riesgo de simple, surge por sí sola: ¿implica la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria que los estados deben de abandonar competencias y, en particular, servicios que venían asumiendo? La respuesta es necesariamente negativa; que suponga un apartarse de los principios keynesianos podrá jugar en orden al intervencionismo público mediante el empleo del déficit público, implicará disciplinar el uso del endeudamiento como forma de financiación, pero no supone de por sí una merma de los servicios que el Estado presta a sus ciudadanos;²⁴ en definitiva, no quedan prohibidos los desequilibrios presupuestarios, sino que lo que se ordena es que sean excepcionales y condicionados a la restauración de la situación de equilibrio mediante el oportuno plan.²⁵

Llevada la anterior pregunta al régimen local español, la respuesta es idéntica, máxime cuando en esta materia se plantea el horizonte de la “segunda descentralización”. El abanico competencial de municipios y provincias está diseñado en la Ley reguladora de las bases de régimen local de 1985, más en el Texto refundido de 1986 y en las normas que hayan dictado las comunidades autónomas. De ese cuadro normativo se deduce una Administración local y provincial que se configura como un primer escalón administrativo cuya carga competencial dependerá de un cuadro normativo que debe satisfacer la garantía institucional de la autonomía local²⁶ (artículos 137 y 140), lo que implica un evidente límite para el legislador, ya sea estatal o autonómico; pero en lo que interesa a la materia objeto de estudio, la estabilidad presupuestaria suscita un debate no tanto a pro-

sentenciaba en un editorial el *Financial Times*, aludiendo a las dificultades de las economías occidentales. *Vid. Nueva Revista*, núm. 84, CABRILLO, Francisco, “Herrar y quitar el banco”. Expone cómo el ambiente intelectual en que se redacta el Tratado de Maastricht y los pactos de estabilidad era contrario a dejar en libertad presupuestaria a los estados, al empleo del desequilibrio presupuestario como medio para combatir las fases recesivas del ciclo económico. En la prensa de la primavera del 2003 pueden verse numerosas noticias y comentarios sobre la situación alemana, que por tercer año consecutivo rebasa el déficit del 3% —lo que implicaría una multa de diez mil millones de euros—, entrando en una situación técnica de recesión y que ha llevado a su canciller a presentar un plan de ajuste del gasto draconiano con el anuncio de que Alemania deja el plan para alcanzar el equilibrio presupuestario en 2006.

21. *Vid.* AGUIAR DE LUQUE y ROSADO IGLESIAS, *op. cit.*, página 15 y ss. Menos matizado es LINDE PANIGUA, *op. cit.*, páginas 109-112, que identifica estabilidad con política, y la ideología del déficit cero, en definitiva, con la ideología liberal del equilibrio presupuestario, y entiende que tales postulados no tienen cobijo en el Tratado de la Comunidad.

22. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. “Una reflexión acerca de la constitucionalidad de las leyes de estabilidad presupuestaria”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12 (enero-abril 2001), página 118.

23. Puede verse la crítica política en los debates parlamentarios a raíz de

la comparecencia del ministro de Hacienda el 6 de junio de 2002. Echaba en cara al Grupo Socialista su reivindicación de más déficit público, lo que es “una amenaza para el saneamiento de las cuentas públicas de España”. BOCG, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 299, Comisión de las Entidades Locales, comparecencia del ministro de Hacienda del 6 de junio de 2002.

24. Y esto aun cuando haya base para pensar que el modelo económico de la Constitución —por razón del momento histórico en que se redacta— tiene matices keynesianos si se entiende que no constitucionaliza la prohibición del déficit, ni los principios de estabilidad o equilibrio o por razón de la posibilidad que abre a la planificación económica (artículo 131.1). Sobre este aspecto, *vid.* GARCÍA NOVOA, César, *op. cit.*, página 156 y ss.

25. En este sentido, apuntaba el senador Villanova Rueda que “nadie va a impedir que uno gaste más, pero al final hay que conseguir un objetivo que requerirá de ajustes y de una política de ahorro y de generación de nuevos ingresos, porque hay que tener creatividad y habrá que invertir en nuevos servicios”. *Vid.* BOCG, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 299, Comisión de las Entidades Locales, comparecencia del ministro de Hacienda del 6 de junio de 2002.

26. Sobre la garantía institucional de la autonomía local, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Civitas, página 135 y ss.

pósito de la citada garantía como del artículo 142, esto es, su compatibilidad con la garantía institucional de la suficiencia financiera de los entes locales.

Como señala Garcés,²⁷ las leyes de estabilidad, al “juridificar” un principio de política económica como es el de estabilidad presupuestaria, contienen “normas de Derecho público en estado puro”, dirigidas a los poderes públicos, no a los ciudadanos; son leyes de “régimen interno”. Y si bien es un concepto más amplio que el de equilibrio presupuestario, como se ha visto ya, no queda reducido a una noción meramente contable, sino que es un conjunto normativo que constituye un “espejo de responsabilidad política”.

En definitiva, el principio de estabilidad presupuestaria se desenvuelve en el último capítulo del régimen local constitucional, régimen basado en la garantía institucional de autonomía local, garantía ésta basada en la garantía institucional de suficiencia financiera (STC 233/1999), y que precisa, desde esa garantía, que la actividad financiera que se requiere para hacer frente al cuadro competencial sea disciplinada y que se limite el uso del déficit público como instrumento de política económica a la vista de sus efectos inflacionistas.

3.4. Constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria y constitucionalidad de las leyes de estabilidad presupuestaria

Como se sabe, pende del Tribunal Constitucional la resolución de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a diversos preceptos de ambas leyes de estabilidad presupuestaria; en concreto, y en lo que hace a los entes locales, se han recurrido los artículos 19, 20 –en especial–, 22, 23 y 25, así como el artículo 2, pero hay que matizar dos aspectos en el debate sobre la constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria. De un lado la constitucionalidad del principio en cuanto tal y su compatibilidad con el modelo económico de la Constitución, y, en segundo lugar, la constitucionalidad de las leyes que lo regulan en cuanto al procedimiento de elaboración del presupuesto y especialmente si a la vista de qué se entiende por sector público (artículo 2) se respetan o no las competencias de las comunidades autónomas –lo que no es materia ahora de análisis– y de los entes locales desde el punto de vista de la garantía constitucional de la autonomía local plasmada en la política de gasto.

En cuanto al primero de los aspectos, con carácter general se ha discutido si nuestra Constitución recoge o no el principio de prohibición del déficit, es decir, si encierra un mandato de equilibrio o estabilidad presupuestaria tal y como se han formulado. Al respecto, cabe decir que la Constitución da libertad para aprobar presupuestos en déficit, superávit o equilibrio y que desde su literalidad no se deduce ese principio, y es sintomático que el Consejo de Estado no albergase dudas sobre su constitucionalidad. En consecuencia, podrá no estar en la Constitución, pero no es inconstitucional.²⁸

Aun así se advierte que tal principio está implícito en diversos preceptos, como el artículo 31.1 –idea de que hay un gasto público que todos deben sostener–; el artículo 40 –llamada a la estabilidad económica como política pública desde otras políticas intervencionistas–; el artículo 103.1 –constitucionaliza el principio de eficacia–, o el artículo 134.6, en cuanto prevé el protagonismo del Ejecutivo en el proceso de elaboración de la ley presupuestaria y, en concreto, que se haga depender de la autorización gubernamental toda proposición o enmienda que aumente el gasto o disminuya los ingresos. En definitiva, según Uría, se trata de que es un principio innovador pero no novedoso, pues su exigencia viene dada por la normativa comunitaria,²⁹ que genera un nuevo marco conceptual.³⁰

Con todo, lo relevante es que su incorporación a nuestro ordenamiento viene dada como consecuencia de la asunción de la normativa comunitaria, en concreto de las normas más arriba citadas, en especial el mandato de avanzar en el logro de unas finanzas públicas saneadas (artículo 4.3 del TCE), de ahí que sostenga Garcés³¹ que las leyes de estabilidad presupuestaria son fuentes directas de transmisión de obligaciones comunitarias.

De este parecer discrepan Ezquiaga y García de Bustos,³² que entienden que se ha ido más allá de las exigencias de la normativa comunitaria y del PEC. Una cosa, dicen estos autores, son las restricciones a la política fiscal vigentes en la Unión Europea y otra la estabilidad presupuestaria. Más crítico es Linde,³³ que entiende que el principio de estabilidad presupuestaria podría encerrar una reforma encubierta de la Constitución, ya que implicaría que el Estado, por vía de coordinación, asumiría competencias de comunidades autónomas y de los entes locales, y así se refiere a la STC 252/1988, según la cual la ejecución del Derecho comunitario no

27. GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario. “Los proyectos de Ley general de estabilidad presupuestaria: Hacia una nueva cultura del presupuesto en España”. *Presupuesto y Gasto Público*, página 138.

28. Vid. GARCÍA NOVOA, *Op. cit.*, página 156.

29. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. *Una reflexión acerca de la constitucionalidad...* *Op. cit.*, página 117.

30. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. *Estabilidad presupuestaria...* *Op. cit.*, página 60.

31. GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario. *Op. cit.*, página 143.

32. EZQUIAGA Y GARCÍA DE BUSTOS. *Op. cit.*, página 42 y ss.

33. LINDE PANIAGUA. *Op. cit.*, página 116 y ss.

puede alterar las competencias de las comunidades autónomas.

Por último, hay que dejar constancia que, en cuanto al procedimiento de elaboración y aprobación de los presupuestos, las leyes de estabilidad alteran el ciclo de elaboración. Ello se arbitra mediante medidas que disciplinan el contenido del presupuesto –límites de déficit– y el procedimiento de elaboración –por ejemplo, en el mes de marzo debe hacerse un debate sobre esta materia–. La constitucionalidad de estas medidas no ofrece dudas,³⁴ aunque cualquier objeción en este sentido, de tener alguna virtualidad, lo sería en el ámbito estatal (que es al que viene referido el artículo 134 de la Constitución), pero no, en la misma medida, en el autonómico o el local.

En definitiva, que la Ley 18/2001 ha venido a alterar la normativa presupuestaria en esos aspectos es algo que expresamente apunta la Orden HAC/1044/2002, de 9 de mayo, por la que se dictan las normas para la elaboración de los presupuestos generales del Estado para el año 2003. Dice así en su preámbulo que “las leyes de estabilidad han introducido cambios en el procedimiento presupuestario que mejoran sustancialmente tanto la transparencia en la elaboración, ejecución y control del presupuesto, como la asignación y gestión de los recursos presupuestarios en un horizonte plurianual orientado por los principios de eficacia, eficiencia y calidad de las finanzas públicas”. Y añade que “la primera repercusión [...] es el adelantamiento y extensión del proceso de elaboración del presupuesto, iniciado con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2002, aprobado por las Cortes Generales, por el que se fija el objetivo de estabilidad presupuestaria”.

La otra vertiente en la que se plantea la constitucionalidad de la Ley de estabilidad hace referencia a la determinación de un título competencial respecto de las comunidades autónomas, aspecto que excede de los límites de este trabajo, de ahí que más adelante se vuelva sobre este aspecto, pero referido a los entes locales y en especial a su compatibilidad con la garantía constitucional de autonomía (artículo 137) y de la suficiencia financiera (artículo 142) de los mismos. Veámoslo.

4. Estabilidad presupuestaria y Administración local

4.1. Antecedentes de la estabilidad presupuestaria en el régimen local

La idea de limitar el nivel de endeudamiento de entes locales no es novedoso. Como señala Dodero, es una constante en la historia del régimen local,³⁵ idea confirmada por Herrera Molina,³⁶ que cita las normas sobre autorización de emisión de deuda pública y sobre la Central de Información aprobadas por la Ley de acompañamiento para el año 2000.

En concreto, los antecedentes de la regulación de la estabilidad presupuestaria –que se enmarcan más bien en el equilibrio presupuestario– se encuentran en el artículo 146. 4 de la Ley de haciendas locales, que dispone que “cada uno de los presupuestos que se integran en el presupuesto general deberá aprobarse sin déficit inicial”, lo que también alcanza, pese a la literalidad de ese precepto, a la fase de ejecución tal y como se deduce del Real decreto 500/1990, de 20 de abril, artículo 16.2, al disponer que “asimismo, ninguno de los presupuestos podrá presentar déficit a lo largo del ejercicio; en consecuencia todo incremento en los créditos presupuestarios o decremento en las previsiones de ingresos deberá ser compensado en el mismo acto en que se acuerde”. En la misma línea hay que citar los artículos 154, 155 y 174 de la Ley de haciendas locales.

¿Qué añade la Ley 18/2001? Como señala Díaz Corral,³⁷ el cambio está en la manera de concebir ese principio, pues ahora la consecución debe hacerse según criterios de capacidad financiera (SEC95, artículo 10, en relación con el artículo 3.2 y con el artículo 21). Este autor concluye que con la Ley 18/2001 no se pueden realizar operaciones de endeudamiento para hacer frente a los gastos de los capítulos 1 a 7, que sólo pueden financiarse con los ingresos de esos correspondientes capítulos ni tampoco se puede acudir al remanente líquido de tesorería para las modificaciones presupuestarias (Díaz Corral entiende que será legal, pero que no es lo querido por el legislador).³⁸

34. URÍA FERNÁNDEZ, Mario. *Op. cit.*, páginas 142-143.

35. DODERO JORDAN, Adolfo. “La aplicación de la Ley general de estabilidad presupuestaria en el ámbito de las administraciones locales. Implicaciones presupuestarias y contables”. *Revista de Empresa y Estudios Económicos*. Vol. I, núm. 4, octubre 2002-enero 2003, y “La Ley de estabilidad presupuestaria: Consideraciones en torno a su impacto en las administraciones locales”. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2000.

36. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Op. cit.*, página 36.

37. DÍEZ DEL CORRAL, Pedro. *Op. cit.*, página 46 y ss.

38. No voy a abordar los pormenores contables de la cuenta pública municipal, como lo atinente al análisis de los diferentes criterios de valoración que aplica el SEC95, por ejemplo, en cuanto a la “capacidad de financiación” en orden a si se sigue el SEC95 o la contabilidad nacional para calcular la

magnitud de la capacidad de endeudamiento. Este extremo es el que lleva a concluir que estabilidad presupuestaria no es lo mismo que equilibrio presupuestario (cf. LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y RODRÍGUEZ BOLÍVAR, Manuel Pedro, “La Ley de estabilidad presupuestaria: Algunas reflexiones en torno a su difícil concreción”, página 15 y ss., y EZQUIAGA y GARCÍA DE BUSTOS, *op.cit.*, páginas 35 y 36; tampoco lo relativo a lo que es el ahorro bruto y neto deducible del artículo 54 de la Ley de haciendas locales tras la reforma de la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, preceptos modificados en la Ley 50/1998 o en la propia Ley de estabilidad presupuestaria o el análisis y la aplicación del coeficiente de endeudamiento (sobre estos conceptos, *vid.* DODERO, *op. cit.*, página 6). Son cuestiones vitales, pues así lo es cómo se calcule la llamada “capacidad de financiación” (LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y RODRÍGUEZ BOLÍVAR, Manuel Pedro, *op.cit.*, página 12).

4.2. Estabilidad presupuestaria y alcance del concepto “sector público”

Uno de los aspectos en los que se cifra la virtualidad de la Ley de estabilidad presupuestaria es determinar su ámbito subjetivo o, si se quiere, institucional; es decir, qué alcance haya de darse al “sector público” a la vista de la llamada omnicomprensiva que hace a la normativa comunitaria a los “estados miembros”. En este sentido es evidente que hay dos razones para no identificar “Estado miembro” con la Administración central del Estado y sus organismos dependientes; por contra, ese concepto debe extenderse a todas las administraciones territoriales.

Una de las razones es de índole económica, plasmada en la idea de la evolución del gasto, y, así, antes de la vigencia de la Constitución, la Administración del Estado representaba el 90% frente al 10% de la Administración local. Tras la Constitución los porcentajes se reparten de forma que la Administración del Estado representa el 50%, el 40% las comunidades autónomas y los entes locales el 10%.

Estas razones explican el artículo 2 de la Ley 18/2001, según el cual el ámbito subjetivo de la estabilidad presupuestaria se extenderá a la Administración General del Estado, los organismos autónomos y los demás entes públicos dependientes de aquélla, las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social. En segundo lugar, a la Administración de las comunidades autónomas y a los entes y organismos públicos dependientes de la misma, y, por último, a las entidades locales, los organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquélla. En todo caso, la referencia a la Administración institucional se basa en que esos organismos presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.

Con la finalidad de evitar la huida del Derecho presupuestario, en el que se ubica la estabilidad presupuestaria, las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones territoriales, también son considerados sector público, de manera que quedan sujetas a lo dispuesto en el título I de la ley y a las normas que específicamente se refieran a las mismas, si bien en este ámbito del apartado 2 del artículo 2. Más que hablar de estabilidad presupuestaria, habría que hacer referencia al principio de equilibrio presupuestario.³⁹

Este concepto de sector público no es ni mucho menos extraño. En efecto, si atendemos a otras normas

como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (artículo 2), la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 1.2) o la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas (artículo 2).

Que el concepto de “sector público” tenga esa extensión, es algo que autores como Lasarte y Adame⁴⁰ entienden que es inevitable por razón del carácter fuertemente descentralizado de un país como España –así lo razona, además, la Exposición de motivos (II) de la Ley 18/2001–, de ahí que la idea de corresponsabilidad se haga presente, pues después de imponerse una sanción a España por razón del artículo 104C.11 del Tratado de Maastrich, a efectos internos, se imputaría en relación con el artículo 11 de la Ley 18/2001 y el artículo 4 de la Ley orgánica 5/2001, a la Administración responsable.

En este sentido, recuerda García Novoa,⁴¹ tras analizar el modelo alemán respecto del cumplimiento del Derecho comunitario por los *länder*, que en el Derecho español las administraciones territoriales y en concreto las comunidades autónomas tienen competencias para aplicar y el deber de cumplir el Derecho comunitario, de lo que se deriva para éstas la cuestión de la determinación del título competencial.⁴² Hay que añadir, además, que para el grado de cumplimiento de objetivos de la Unión Económica y Monetaria y, en general, frente a la Unión Europea, el Estado es centro de imputación pero habrá que atender al conjunto de administraciones públicas. Ciertamente, según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, sólo el Estado es responsable de la aplicación del Derecho comunitario y, por tanto, no puede alegar su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento del Derecho comunitario, de lo que se deduce la necesidad de una coordinación interna para que el Estado sea el resultado de la suma de cada una de las administraciones en que se organiza y no mero equivalente de Administración central e institucional dependiente de él.

4.3. Estabilidad presupuestaria, autonomía financiera y garantía institucional de la suficiencia financiera de los entes locales

Como se dijo antes, el debate sobre la constitucionalidad de las leyes de estabilidad presupuestaria se ha centrado principalmente respecto de las comunidades autónomas y, más en concreto, en lo relativo a la deter-

39. Vid. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. “Estabilidad presupuestaria...”, página 55.

40. LASARTE ÁLVAREZ y ADAME MARTÍNEZ. *Op. cit.*, página 25.

41. GARCÍA NOVOA, César. *Op. cit.*, página 160.

42. EZQUIAGA y GARCÍA DE BUSTOS. *Op. cit.*, página 35 y ss. Analizan el concepto contable de sector público a la luz de los criterios fijados por el SEC95.

minación del título competencial que dé cobertura a esa regulación. Caso diferente es el de los entes locales, ámbito que presentaría problemas distintos, de ahí que entremezclar esos ámbitos –autonomía, suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria– será generar una confusión interesada, tal y como señala Uría.⁴³

A diferencia de los entes locales, las comunidades autónomas son administraciones dotadas expresamente de autonomía financiera (artículo 156.1 de la Constitución), lo que se plasma en unas potestades no predicables de los entes locales como, por ejemplo, contar con potestad de ordenación y determinación de ingresos y gastos mediante el ejercicio, por ejemplo, de su potestad legislativa. Esto no significa que los entes locales no gocen de esa autonomía financiera, sólo que su intensidad es mucho menor que la de las comunidades autónomas,⁴⁴ tal y como se deduce del dato de que los tributos locales se crean y regulan en sus elementos esenciales por ley, sin perjuicio de su concreción mediante sus ordenanzas.

Ahora bien, como señala Díaz Corral,⁴⁵ si bien los entes locales no cuentan con un precepto como el artículo 156 de la Constitución, dentro de lo que es su concepto de autonomía sí cabe defender que una vez definido el objetivo de estabilidad presupuestaria, deben gozar de la oportuna autonomía para decidir cómo se debe conseguir.⁴⁶

Más arriba se apreció como desde el punto de vista de la garantía constitucional de la autonomía local, nada habría que objetar a la Ley 18/2001, pues la estabilidad presupuestaria no se desenvuelve en el ámbito de competencias atribuido por ley a los entes locales ni altera como tal ese abanico competencial, institucionalmente garantizado.⁴⁷ En este sentido, sí se ha recordado⁴⁸ que la autonomía local, como autonomía política, más que centrarse en la autonomía financiera –siempre relativa– debe centrarse más bien en el gasto,⁴⁹ vertiente en la cual se juega la realización de los objetivos políticos,

sociales o económicos, de ahí que la autonomía local plasmada en el gasto lleve el debate no tanto a la estabilidad presupuestaria como a la garantía de la suficiencia económica, constitucionalmente prevista y garantizada en el artículo 142 (cf. la STC 96/1990 y 237/1992) en relación con el artículo 105.1 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, precepto que tiene su correlato en el artículo 92 de la Carta Europea de la Administración Local. En todo caso, ya sea uno (garantía de la suficiencia financiera) u otro (autonomía financiera), siempre estaremos ante unos principios instrumentales respecto de la autonomía política de los entes locales.

Se produce así una relación entre esos dos ámbitos: la autonomía local –repetimos, institucionalmente garantizada– para que sea reconocible debe contar con medios financieros, lo que lleva a la garantía de la suficiencia financiera, lo que a su vez nos llevaría ahora, por ejemplo, al análisis de las reformas efectuadas en la Ley 51/2002, de 27 de diciembre,⁵⁰ norma que ha seguido a la Ley 18/2001. Ahora bien, el análisis de la estabilidad presupuestaria entiendo que no implica tanto adentrarse en la garantía de esa suficiencia financiera, como en la disciplina presupuestaria que deben seguir los entes locales⁵¹ y, eso sí, los límites que se deduzcan para acudir al endeudamiento como medio de financiación.

En este punto hay que partir de algo ya expuesto, y es que en la legislación anterior a la Ley 18/2001 hay antecedentes para entender que el principio de estabilidad presupuestaria deducible de la misma no ha sido algo enteramente novedoso. A partir de este punto, la doctrina nos recuerda que el endeudamiento en el ámbito local es un medio financiero secundario frente a la recaudación tributaria y a las transferencias del Estado,⁵² de forma que ya existía en la normativa previa a la Ley 18/2001 límites al endeudamiento como los deducibles de la Ley de haciendas locales o la exigencia de autorización ministerial.

43. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. “Estabilidad presupuestaria...”, página 53 y ss.

44. Vid. PASCUAL MATEO, Fabio, *op. cit.*, páginas 144, 145 y 150.

45. DÍAZ CORRAL, Pedro. *Op. cit.*, página 41.

46. Señalaba el ministro de Hacienda en su comparecencia del 6 de junio de 2002 que “a diferencia del Estado, que está obligado a respetar un límite de gasto, la obligación de las corporaciones locales se limita al cumplimiento del objetivo, pero no a la forma en que éste se alcanza, es decir, respetando la autonomía financiera de las entidades locales que recoge nuestra Constitución, en ningún caso se les establecerá un límite de gasto, sino que cada entidad fijará su propia forma de alcanzar el equilibrio presupuestario, bien reduciendo el gasto o bien incrementando los ingresos”. BOCG, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 299, Comisión de las Entidades Locales, comparecencia del ministro de Hacienda del 6 de junio de 2002.

47. Vid. MILANS DEL BOSCH y JORDAN DE URRIES, Santiago, “Aspectos institucionales de la autonomía local”, en el libro colectivo *La autonomía local. Análisis jurisprudencial*, página 47 y ss.

48. RAMALLO MASSANET, Juan y ZORNOZA PÉREZ, Juan. “Autonomía y suficiencia en la financiación de las haciendas locales”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 259, julio-septiembre 1993.

49. Vid. la anterior nota 46.

50. Señalaba el ministro de Hacienda en su comparecencia del 6 de junio de 2002 que “la aplicación de la Ley general de estabilidad presupuestaria a las haciendas locales exige, en primer lugar, la revisión de la Ley reguladora de haciendas locales para coordinar los contenidos y procedimientos de ambas leyes”. BOCG, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 299, Comisión de las Entidades Locales, comparecencia del ministro de Hacienda del 6 de junio de 2002.

51. Una discrepancia a esta postura puede verse en la intervención del senador Ayllón Oliva, del Grupo Socialista, que afirmaba que “nosotros opinamos que imponer a las entidades locales un objetivo de estabilidad presupuestaria en términos de equilibrio o superávit que define unilateralmente el Gobierno central, sin otro elemento de participación que un informe de la Comisión Nacional de Administración Local, es insuficiente y contrario a la garantía constitucional de la autonomía de las competencias locales”. BOCG, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 299, Comisión de las Entidades Locales, comparecencia del ministro de Hacienda del 6 de junio de 2002.

52. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. “Estabilidad presupuestaria...”. *Op. cit.*, página 60.

En este sentido las objeciones que se planteaban al proyecto de ley⁵³ por su efecto sobre la capacidad de endeudamiento y su incidencia sobre la autonomía política de los entes locales, deben entenderse superadas,⁵⁴ pues tanto si el recurso al endeudamiento no incrementa la carga financiera, como si lo afecta pero sin colocar al presupuesto en situación de desequilibrio por haber margen, no habrá problema. Sí lo habrá si el endeudamiento genera desequilibrio, en cuyo caso no queda en cuanto tal prohibido,⁵⁵ pues deberá justificarse su excepcionalidad y, eso sí, la corporación quedará sometida a un procedimiento de autorización y saneamiento.

4.4. Algunos aspectos del régimen jurídico de la estabilidad presupuestaria

4.4.1. Fijación del objetivo de déficit

El artículo 8.1 de la Ley 18/2001 prevé –en sede de disposiciones generales aplicables a todo el sector público– que será el Gobierno el que fije el objetivo de estabilidad presupuestaria “tanto para el conjunto del sector público, como para cada uno de los grupos de agentes comprendidos en el artículo 2.1 de esta ley”. A su vez, el artículo 20.2 dice que, sin perjuicio de ese precepto, “el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria para las entidades locales, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan atribuidas las comunidades autónomas”, y el párrafo 2 añade que “el objetivo de estabilidad presupuestaria para las entidades locales requerirá informe previo de la Comisión Nacional de Administración Local, que actuará como órgano de colaboración entre la Administración del Estado y las entidades locales respecto de las materias comprendidas en el presente ley”.

La cuestión que suscitan estos preceptos es si ese objetivo debe ser fijado para el conjunto de la Administración local o por cada ente local. A diferencia de las comunidades autónomas, en cuyo ámbito la fijación es para cada una de ellas (artículo 6.3 de la Ley orgánica 5/2001), para los entes locales Dodero⁵⁶ apunta como dato significativo que en el proyecto de ley el

objetivo de estabilidad presupuestaria se fijaba “para el conjunto de las entidades locales”, lo que se eliminó vía enmienda, luego entiende que a la vista del artículo 20 el objetivo es para cada entidad local. No obstante, señala el mismo autor, se tiene intención de volver al criterio de apreciación de conjunto primero, lo que podría hacerse sin contravenir la ley si se está al artículo 8.1.

En todo caso, estamos ya ante una discusión más bien superflua.⁵⁷ En efecto, desde el momento en que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2002, aprobado por las Cortes Generales –el 21 de marzo y el 9 de abril por los plenos del Congreso de los Diputados y del Senado, respectivamente– fijó el objetivo de estabilidad presupuestaria para el conjunto del sector público y de cada uno de los grupos de agentes que lo integran (artículo 2 de la Ley 18/2001) para el período 2003-2005, hay que concluir que el criterio seguido es que no ha habido una determinación por todas y cada una de las corporaciones locales, sino por el conjunto de la Administración local.⁵⁸

Dentro de ese procedimiento de fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria, el artículo 20 prevé para el ámbito local que esa fijación, previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local, la haga el Gobierno. Para Barrio,⁵⁹ este sistema plantea numerosas dudas. Por un lado, la duda de su constitucionalidad, lo que, a mi juicio, merece una respuesta negativa a la vista de lo ya expuesto sobre la autonomía local; al margen de lo dicho, no dejan de ser dudosas otras cuestiones como, por ejemplo, si en la fijación de ese objetivo de estabilidad se podrá compensar a un sector con otro o si cabe un reparto del objetivo entre los entes que integran la Administración local, lo que no parece posible, de forma que habrá que entender que cada ente local deberá acomodarse a ese objetivo, de forma que el sistema de corrección de los desequilibrios es para cada uno en particular (artículo 22 de la Ley 5/2001).

4.4.2. Control y consecuencias

Es evidente que el régimen de estabilidad presupuestaria debe contar con un sistema de control que garantice su eficacia, y, sobre su base, debe contar con mecanismos de corrección no menos eficaces, sobre todo si se

53. BARRIO, José. “La futura Ley de estabilidad presupuestaria y su efecto en las corporaciones locales”. *Análisis Local*, núm. 36, mayo-junio 2001. Entiende que la estabilidad presupuestaria limita la capacidad de endeudamiento, pues la autonomía política plasmada en unos programas de inversiones queda sujeta a un calendario de amortización, de lo que deduce que al no ser ya el endeudamiento fuente de inversiones la posibilidad de acometer o renovar infraestructuras locales queda a la capacidad de ahorro o a la enajenación patrimonial.

54. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. “Estabilidad presupuestaria...”. *Op. cit.*, página 57.

55. Remacha esta idea las palabras del ministro de Hacienda al decir que “la ley no impide el endeudamiento de ninguna Administración pública, y quiero insistir en esta idea, que es básica”. BOCG, *Diario de Sesiones del*

Senado, núm. 299, Comisión de las Entidades Locales, comparecencia del ministro de Hacienda del 6 de junio de 2002.

56. DODERO JORDAN, Adolfo. “La Ley de estabilidad presupuestaria: Consideraciones...”. *Op. cit.*, páginas 6 y 7.

57. Sobre este aspecto, *vid.* LINDE PANIAGUA, Enrique, *op. cit.*, página 119, que advertía de la imposibilidad de fijar el objetivo particularizado para cada uno de los más de ocho mil municipios; LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y RODRÍGUEZ BOLÍVAR, Manuel Pedro, página 13.

58. Otro tanto cabe decir del Acuerdo para el trienio 2004-2006, en cuyo anexo IV se fija el “objetivo de estabilidad presupuestaria para el conjunto de las entidades locales en el trienio 2004-2006” en el 0,0% para cada año.

59. BARRIO, José. *Op. cit.*, página 6 y ss.

piensa en el abultado número de entes –más de ocho mil– vinculados a ese régimen. De esta manera, la Ley 15/2001 prevé mecanismos llamados de “alerta temprana”, conforme a los cuales el ministro de Hacienda recaba informes sobre la base del SEC95 (artículo 21). A esto hay que añadir el sistema de información previsto en el artículo 24, de forma que de este precepto más del artículo 23 se deduce el siguiente cuadro de control:

1.º. Las entidades locales deben recabar autorización para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda, en los términos ya expuestos del artículo 54 de la Ley de haciendas locales.

2.º. De existir una situación de desequilibrio, se autorizarán esas operaciones si las medidas contenidas en el plan económico-financiero que más abajo se citará permiten la desaparición en tres ejercicios presupuestarios de la situación de desequilibrio.

3.º. Para posibilitar este régimen de control, el Ministerio de Hacienda mantendrá una central de datos de carácter público que informe sobre las operaciones de crédito, la emisión de deuda o cualquier otra apelación de crédito o asunción de riesgos, información que versará sobre las cargas financieras que se deriven de esas operaciones.

4.º. Con carácter instrumental se prevé que para obtener esa información el ministerio recibirá datos del propio Banco de España, bancos, cajas de ahorros y demás entidades financieras, y de las distintas administraciones públicas, sin perjuicio de los requerimientos que estime oportunos efectuar.

Visto el sistema de control, el siguiente paso es el diseño del sistema de reconducción de los excesos, esto es, de desequilibrio presupuestario. Para tal finalidad la figura que prevé la Ley 15/2001 es el Plan económico-financiero (artículo 22).

Su diseño obedece al siguiente esquema:

1.º. Están obligadas a elaborarlo las entidades locales que no hayan alcanzado el objetivo de estabilidad presupuestaria aprobado en la forma prevista en el artículo 19.

2.º. El momento de su aprobación será en los tres meses siguientes a la aprobación o liquidación del presupuesto en situación de desequilibrio.

3.º. El plan será sometido a la aprobación del Pleno de la corporación.

4.º. Como consecuencia de este sistema de autorregulación, el Plan económico-financiero es remitido al Ministerio de Hacienda, no para su aprobación sino para el seguimiento de las actuaciones en que consista la corrección del desequilibrio y todo sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan atribuidas las comunidades autónomas.

Como se ve, desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio de autonomía local, el sistema previsto parte de un objetivo fijado con carácter general

por el Gobierno para todas las administraciones, y lo hace al amparo de un título competencial básico como es el deducible del artículo 149.1.14.^a, al que habría que añadir los deducibles de los apartados 11,13 y 18, y, en todo caso, con la intervención de las cámaras parlamentarias.

Junto a esto, hay que añadir que para los entes locales el sistema se basa en algo preexistente, como es la autorización deducible del artículo 54 de la Ley de haciendas locales, si bien con la reforma del apartado 7 efectuada en la disposición adicional única de la Ley 15/2001, que también reforma el apartado 1 del artículo 146 de aquella. Y cierra el sistema la previsión de que el plan no es autorizado o aprobado por el ministerio, sino por la propia corporación, eso sí, sin olvidar el sistema de repetición previsto en el artículo 11. ■



El estatuto de capitalidad de Madrid*

1. Objeto de la conferencia.
2. Madrid, capital del Estado.
3. Madrid, capital de la comunidad autónoma.
4. ¿Un estatuto especial para Madrid?
- 4.1. Madrid como gran urbe. 4.2. Madrid como capital.
5. El contenido posible de una ley de capitalidad para Madrid.

Manuel Aragón Reyes
*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Autónoma de Madrid*

* El presente artículo se corresponde con la ponencia presentada el 25 de julio de 2003 en el curso de verano Hacia un nuevo Derecho para las grandes ciudades, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local y el

Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid en Miraflores de la Sierra.

1. Objeto de la conferencia

Dado el título de esta conferencia, habrá que tratar en ella tres cuestiones que cabe diferenciar. Primero, el significado de la atribución constitucional de la capitalidad del Estado a Madrid. Segundo, el significado de Madrid, no como capital del Estado, sino de la comunidad autónoma. Y tercero, el problema del estatuto especial para Madrid, donde confluye la triple condición de capital del Estado, de la comunidad autónoma y del municipio.

2. Madrid, capital del Estado

Madrid es capital de España desde 1561, pero no como consecuencia de una disposición normativa que así lo estableciera, sino por la decisión del rey Felipe II de trasladar la Corte a Madrid, traslado que se efectúa en los meses de mayo y junio de 1561. Desde entonces, sin interrupción, ha sido la capital del Estado, aunque esa condición no la recogiera ninguna de nuestras constituciones hasta la de 1931. Las leyes fundamentales del régimen de Franco guardaron silencio sobre ello, y será nuestra vigente Constitución la que, siguiendo el precedente de la de la Segunda República, dirá, en su artículo 5, que la capital del Estado es la villa de Madrid.

Esta designación que hace el artículo 5 de la vigente Constitución se presenta como una característica bien rara en el Derecho comparado, donde, al menos en Europa, es frecuente que las constituciones guarden silencio sobre la capitalidad. Lo que no significa, en modo alguno, que haya estados que carezcan de ella, pues todos la tienen, aunque sus constituciones no lo digan, ya que la capitalidad es un elemento propio de cualquier comunidad política.

Como es bien sabido, las ciudades-capital aparecen en Europa occidental en la baja Edad Media como instrumentos de afirmación de las unidades políticas territoriales frente al Imperio y, sobre todo, frente a Roma, *caput mundi*. Frente a la cabeza del mundo y disputándole la soberanía, surgirán las cabezas de los estados bajomedievales. No obstante, ese proceso no madurará inmediatamente y durante algún tiempo la corte de los estados será itinerante hasta que, como consecuencia de la juridificación del Estado que se produce a partir del siglo XVI, se dota de permanencia a la sede regia y, por lo mismo, a la sede de los modernos estados nacionales. Es el momento en que se consolida la categoría jurídica y política de “la capital del Estado”.

No nos vamos a extender en lo que significa ese concepto de la capitalidad durante la Edad Moderna, y tampoco durante la Edad Contemporánea, donde el Estado constitucional introduce unos nuevos ingredientes en la idea de la capitalidad, consecuencia de la soberanía nacional y de la misma construcción del Estado como

persona jurídica, necesitada, inevitablemente, de un domicilio generalmente conocido a todos los efectos del Derecho, tanto en las relaciones internas como en las relaciones externas o internacionales. Tampoco nos detendremos en los problemas específicos de la capitalidad en los estados federales, cuya solución ha conducido, muchas veces, al establecimiento de un “distrito federal”. Lo que nos interesa de la capitalidad del Estado no es otra cosa que su contenido jurídico, esto es, su vinculación a la ubicación necesaria de determinadas sedes de instituciones en una ciudad. Porque ahí radica, creemos, el contenido de la capitalidad.

Nuestra Constitución se limita a señalar que la capital del Estado es Madrid. ¿Qué consecuencias tiene esa designación? La doctrina, tanto española como extranjera, se ha ocupado muy poco de este problema. En el Derecho italiano, la opinión más clásica, y anticuada (así Brunialti), entendía que la capital del Estado era la sede de las instituciones principales del poder público; esta opinión es abandonada posteriormente y prevalecerá así la de que en la capital no tienen por qué tener su sede las más altas instituciones del Estado, sino al menos, necesariamente, una de ellas, la jefatura del Estado o, incluso más propiamente, el poder ejecutivo. Esa es la idea que sustenta Livio Paladin en la voz “capitale” de la *Enciclopedia del Diritto*, y quizá su más fiel reflejo en el Derecho positivo sea el artículo 126 de la Constitución de Bélgica (cuyo texto permanece invariable desde 1831), que dispone que “la ciudad de Bruselas es la capital de Bélgica y la sede del Gobierno”.

Es cierto que la indagación comparativa nos conduce a constatar que hay estados donde la sede de las principales instituciones está en la capital, pero otros donde las instituciones se residen en ciudades distintas (un buen ejemplo de ello nos lo proporciona la propia Unión Europea). Y lo mismo ocurre si examinamos, en España, la capitalidad de las comunidades autónomas, donde encontramos casos de reparto territorial de las instituciones e incluso (Canarias) de capitalidad compartida.

Como tenemos ejemplos propios no es preciso acudir a ejemplos extranjeros para constatar la diversidad de significados de la capitalidad e incluso la variedad de instrumentos normativos que la regulan. Antes nos referíamos a nuestras comunidades autónomas, y no está de más recordar más concretamente algunas de las soluciones que sobre la capitalidad han adoptado.

Así, en los estatutos de autonomía sólo aparece el término “capital” en los de Andalucía, Canarias, Extremadura, Madrid, Murcia y Navarra. En los demás sólo aparece el término “sede de las instituciones”. Si examinamos aquellos que sí establecen, literalmente, capital de la comunidad, podemos observar, no obstante, una cierta disparidad de criterios sobre las consecuencias que a dicho establecimiento se anudan. Así, en el

Estatuto de Andalucía se determina que la capital será la sede del Gobierno y del Parlamento; en el Estatuto de Canarias se dirá que la capitalidad la comparten Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria, alternándose la sede del presidente del Gobierno en ambas capitales por períodos legislativos y determinándose que el Parlamento tenga su sede permanente en la ciudad de Santa Cruz de Tenerife; en el Estatuto de Extremadura se determina que en la capital estarán la sede de la Junta y de la Asamblea; en el Estatuto de Madrid se especifica que en la capital estarán las sedes de todas las instituciones; en el Estatuto de Murcia se dirá que la capital será la sede de las instituciones, pero que el Parlamento no tendrá su sede en la capital sino en Cartagena; en el Estatuto de Navarra (así puede llamarse a la Ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral) se dice simplemente que la capital de Navarra es la ciudad de Pamplona sin especificarse más acerca de la sede de las instituciones.

Por otro lado, no siempre los estatutos fijan las sedes, sino que se remiten a decisiones posteriores. Así, los estatutos de Andalucía, Castilla y León y Galicia prevén que la fijación de las sedes se haga por el Parlamento autonómico (por resolución, en el primer caso, y por ley en los otros dos) con una mayoría de dos tercios. Los estatutos de Aragón, Castilla-La Mancha y el País Vasco también remiten a la decisión del Parlamento autonómico la fijación de las sedes, pero por mayoría simple.

Como podemos observar, la diversidad de modelos sobre la capitalidad es muy amplia en el caso de las comunidades autónomas.

Si volvemos a Madrid, como capital del Estado, ante la ausencia en la Constitución de cualquier indicación sobre el contenido de la capitalidad, el problema que se nos plantea es el de llenar, teóricamente, ese contenido. *De facto* es cierto que Madrid es la sede de todos los órganos constitucionales, incluyendo también al Tribunal Supremo, que no es precisamente un órgano constitucional. Ahora bien, ¿ello ha de ser así, necesariamente?

Acudir al proceso constituyente no nos resuelve el problema, pues si bien la Comisión Constitucional del Congreso hizo desaparecer del que ahora es artículo 5 la mención (que se contenía en el Anteproyecto de Constitución) de que “podrán establecerse por ley servicios centrales en otras localidades de España”, de esa desaparición no cabe concluir que se optase, definitivamente, por negar tal posibilidad, sino de que no se quiso que la Constitución se pronunciase sobre ello. Por otro lado, ya hemos visto que, en el caso de las comunidades autónomas, la existencia de una capital no es incompatible con que haya algunas instituciones supremas que tengan su sede en ciudad distinta.

A mi juicio, para resolver ese problema hay que partir de que el artículo 5 de la Constitución contiene un prin-

cipio jurídico, el de “capital del Estado”, que, como todo principio jurídico, hay que llenar de contenido. Y eso es lo que intentaré hacer a continuación.

Como ya adelanté hace años, en mi artículo “El significado jurídico de la capitalidad”, publicado en el número 50 (mayo-agosto de 1997) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, a partir de la base, que me parece firme, de que el contenido del principio jurídico “capitalidad” tiene que ver con la ubicación de las sedes de las instituciones políticas supremas, lo que procede entonces es determinar si tal principio de la capitalidad exige que todos los órganos supremos de la comunidad política estén residenciados en ella o sólo algunos de esos órganos. A estos efectos podríamos distinguir entre un contenido “propio” y un contenido “mínimo”.

El contenido “propio” de la capitalidad es que residan en la capital la sede de las instituciones que encarnan los tres poderes clásicos del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial. Es decir, y más propiamente, los órganos supremos del Estado (que suelen ser los órganos constitucionales, con la especial salvedad, en España, del Tribunal Supremo, que es órgano supremo pero no órgano constitucional). Así, en ausencia de prescripción contraria de la norma estatuyente del Estado (la Constitución) o de las comunidades autónomas (el estatuto de autonomía), ese sería el contenido del término “capitalidad”.

Sin embargo, esa primera aproximación no deja de plantear algunas objeciones. La primera y principal es la de que habría que aceptar entonces una reserva de Constitución (olvidemos ahora los estatutos y el problema de la reserva estatutaria, que no es parangonable) para la fijación de la sede de los órganos supremos del Estado. Sólo podrían estar residenciados en otras ciudades distintas de la capital si la Constitución así lo hubiera previsto. Pero esta reserva es difícil de sostener, como en general ocurre con la misma categoría general de “reserva de Constitución”. A mi juicio, cuando la Constitución guarda silencio no cabe deducir, necesariamente, que le esté vedado a la ley llenar esa laguna, más bien al contrario, como es lo propio de una Constitución democrática, en la que el legislador no es exactamente un ejecutor de la Constitución. Puede admitirse entonces que, en la medida en que el “desarrollo institucional” que realice el legislador no contradiga principios constitucionales, ese legislador puede decidir sobre los “silencios” de la Constitución.

De esa manera, lo primero que habría que admitir es que, en lugar de un contenido “propio”, el principio de la capitalidad lo que podría albergar es un contenido “lato” o amplio. Ante el silencio de la Constitución, el legislador puede, perfectamente, decidir que todos los supremos poderes del Estado residan en la capital, puesto que así no se saldría, ni mucho menos, del con-

tenido del principio. Esta opción sería, por así decirlo, plenamente constitucional.

Ahora bien, también el legislador puede optar por otras soluciones. Y en primer lugar, hay que decir que ello únicamente puede hacerlo el legislador. Nunca el Gobierno mediante reglamentos, ni siquiera los demás órganos constitucionales mediante sus propios reglamentos. Después de la Constitución, la ordenación general del Estado corresponde al legislador, sin ninguna duda, en cuanto que es desarrollo o prolongación de la función estatuyente de la comunidad política que sólo cabe realizar al único poder que la representa en su totalidad: el Parlamento. Además, en el texto de nuestra Constitución se encuentra, a mi juicio, una reserva de ley en la materia, bien que expuesta de modo negativo en lugar de en positivo. El artículo 86.1 de la Constitución excluye de los decretos-leyes el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, lo que significa que lo reserva a ley formal de las Cortes Generales. Y es claro que determinar la sede de esas instituciones entra de lleno en el término “ordenamiento general”.

Ahora bien, junto al contenido “propio”, que mejor cabría llamar, como antes dije, contenido “lato”, existe un contenido “mínimo” del principio jurídico “capitalidad”, es decir, un núcleo o contenido esencial que lo definiría de tal modo que sólo habría capitalidad allí donde ese contenido se diese y no habría capitalidad cuando ese contenido faltase, o más sencillamente: permitiría entender que está radicada la capitalidad allí donde, al menos, ese contenido mínimo se cumpliera. Ese contenido mínimo se impondría al legislador, de tal manera que no sería disponible para él.

Parece que tal contenido estricto residiría, de acuerdo con una construcción jurídica cuya lógica parece sólida, en la radicación de la sede del órgano supremo de la comunidad política, es decir, en cuanto que tratamos de la capitalidad del Estado, de la sede del órgano supremo del Estado, que es el único que tiene atribuida la representación del Estado en su conjunto, tanto internamente como externamente o internacionalmente. Ése es el elemento más fuertemente constitutivo de la propia personalidad jurídica estatal, sin el cual ésta no podría existir, de la misma manera que no podría existir una persona jurídica cualquiera sin la existencia de su representante legal y la determinación de su sede.

En el Estado español, pues, sería la Jefatura del Estado la institución que, necesariamente, habría de tener su sede en la capital, en cuanto que esa Jefatura del Estado, es decir, el rey, es el “símbolo” de la “unidad” y “permanencia” del propio Estado, asumiendo “la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales” (artículo 56.1 de la Constitución). De la misma opinión es José Luis Piñar Mañas (“El régimen de capitalidad del Estado”, en *Madrid, Comunidad Autó-*

noma Metropolitana, VV.AA.), cuando dice que “Madrid, en fin, es capital de España porque acoge establemente a la Corona”.

De todo ello se concluye que la afirmación por la Constitución de que Madrid es la capital del Estado no impediría que otras instituciones distintas a la Corona tuviesen su sede fuera de Madrid. Es cierto que razones técnicas o de utilidad práctica pueden aconsejar que el Parlamento y el Gobierno estén radicados en la misma ciudad, o al menos que tengan sus sedes próximas, pero ese es un criterio de oportunidad, pero no de exigencia jurídica. De acuerdo con la tesis que he venido sosteniendo, creo que una ley podría acordar que órganos constitucionales distintos de la Corona se trasladasen a otras ciudades españolas, sin que ello se entendiese contrario al artículo 5 de la Constitución.

Ahora bien, no pueden silenciarse algunas dificultades para ello, derivadas no de la Constitución, sino de leyes orgánicas que ya han fijado que Madrid es la sede de las instituciones del Estado. Así, el preámbulo de la Ley orgánica 6/1982, de 7 de julio, que autorizó la constitución de la provincia de Madrid como comunidad autónoma constata que Madrid es “sede de las instituciones democráticas del Estado y del Gobierno de la Nación”. Podría pensarse que es una mera constatación, y, además, en el preámbulo y no en la parte dispositiva de la ley, y que por ello no tiene efectos normativos directos. Pero el problema se complica en la Ley orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de autonomía de Madrid, donde en su artículo 6 se declara expresamente que Madrid es la “sede de las instituciones generales” (del Estado).

Es cierto que una ley puede ser derogada por otra posterior. Pero si la sede de las instituciones es materia, en la hipótesis que hemos defendido, de ley ordinaria (dado el estricto entendimiento que hay que tener de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución), se hace difícil sostener que una ley ordinaria pueda contradecir leyes orgánicas, máxime una ley orgánica de tan cualificado carácter como es un estatuto de autonomía (sólo reformable a través de sus propias reglas).

En consecuencia, a nuestro juicio, si bien la Constitución no impide que otras “instituciones generales” del Estado (por emplear los términos del artículo 6 del Estatuto de autonomía de Madrid) distintas de la Corona puedan tener su sede fuera de Madrid, esa opción no la podría adoptar, por sí sola, una ley ordinaria, ya que tendría que reformarse antes, a través de su propio procedimiento de reforma, el artículo 6 del Estatuto de autonomía de la Comunidad de Madrid, con la circunstancia añadida de que al tener el Parlamento autonómico el monopolio de la iniciativa de reforma estatutaria, estaría en manos, unilateral e inevitablemente, de ese Parlamento (y no de las Cortes Generales) la puesta en marcha de la aludida reforma. Así, se da la paradoja de

que si se quisiese que instituciones generales del Estado tuvieran su sede fuera de Madrid, ello sólo podría realizarse si, primero, así lo decide el Parlamento autonómico. A veces, cuando se legisla quizá no se advierten todas las consecuencias que derivan del modo de legislar.

Con la precisiones que acaban de hacerse, es sostenible, pues, que Madrid no tiene por qué ser, indefectiblemente, la sede de todas las “instituciones generales” del Estado. Más todavía, quizá proceda darle la razón a Óscar Alzaga, cuando estimó que en la Ley orgánica reguladora de los estados de excepción debiera haberse previsto el desplazamiento de órganos constitucionales o incluso de la misma capitalidad en supuestos especialísimos de guerra, invasión extranjera o rebelión que, *de facto*, impidieran ejercer a Madrid como capital del Estado.

3. Madrid, capital de la comunidad autónoma

El artículo 5 del Estatuto de autonomía de la Comunidad de Madrid establece que “la capital de la comunidad, sede de sus instituciones, es la villa de Madrid, pudiendo sus organismos, servicios y dependencias localizarse en otros municipios del territorio de la comunidad, de acuerdo con criterios de descentralización, desconcentración y coordinación de funciones”.

Lo primero que salta a la vista de este precepto es que acoge el que antes llamamos contenido “lato” de capitalidad, es decir, impone que todas las instituciones hayan de tener su sede en la capital (solución a la que no es ajeno, probablemente, el hecho de que Madrid es comunidad uniprovincial). En coherencia con la tesis de que el contenido lato de “capitalidad” hace referencia a la sede de los poderes supremos, en este caso en el ámbito de la comunidad autónoma, por “instituciones” aludidas en este artículo 5 hay que entender las designadas en el artículo 8 también del Estatuto (“instituciones de autogobierno”): la Asamblea, el Gobierno y el presidente de la comunidad. Esta es la interpretación que, a mi juicio, ha de darse, lo que no impide que otras instituciones distintas a las de “autogobierno” previstas en el artículo 8 (únicas que son instituciones “supremas” de la comunidad) puedan tener su sede en otros municipios de la comunidad distintos de la capital (así, aunque de hecho no ocurre, podría suceder con la Cámara de Cuentas o el Consejo Económico y Social, por ejemplo, que son instituciones, pero no de “autogobierno”).

Por supuesto que (y el propio artículo 5 así lo prevé), pese a que las instituciones de autogobierno hayan de tener, necesariamente, su sede en Madrid capital, no se impide que organismos o servicios dependientes de dichas instituciones puedan también establecerse en otros municipios del territorio de la comunidad.

4. ¿Un estatuto especial para Madrid?

4.1. Madrid como gran urbe

La existencia de un régimen especial para Madrid, no por su condición de capital del Estado, sino por su carácter de gran ciudad, es una cuestión ya antigua. Así, por la Ley de 25 de noviembre de 1944 se crea el “Gran Madrid”, solución que se extenderá a otras grandes ciudades: 1946, “Gran Bilbao”; 1949, “Gran Valencia”, y 1953, ordenación de Barcelona y su comarca. En 1957 una ley autoriza al Gobierno para dictar un régimen especial para Madrid y Barcelona, así como para otras grandes ciudades, y así se dicta en 1960 la Ley especial para Barcelona y en 1963 la Ley especial para Madrid. Todas estas normas tienen por objeto regular áreas metropolitanas y permitir la gestión conjunta de planes de ordenación urbana, principalmente.

Ninguno de estos regímenes especiales se basan en la condición de Madrid como capital del Estado, sino en razones derivadas de que Madrid es una gran ciudad, como lo prueba el hecho de que también a otras grandes ciudades se las dote de un estatuto parecido.

En la misma línea, el reciente Proyecto de ley de medidas para la modernización local prevé para los grandes municipios (y por ello también para Madrid) un régimen especial relativo al gobierno municipal. Pero, pese a que hubo intentos iniciales cuando se estaba elaborando el proyecto de aprovechar la ocasión para dotar a Madrid de un estatuto específico como capital del Estado, al final en el texto del proyecto se ha eliminado esa posibilidad. Madrid sigue, pues, sin un régimen especial derivado estrictamente de su condición de capital del Estado.

4.2. Madrid como capital

La idea de dotar a Madrid, en cuanto capital del Estado, de un estatuto especial es también muy antigua. Ya en 1934 la Ley municipal, en su artículo 4, confería a Madrid la peculiaridad de ser objeto de una ley especial, que no llegó a dictarse. Con parecido propósito, Alianza Popular presentó una enmienda al Anteproyecto de Constitución proponiendo la inclusión en el que sería artículo 5 de un segundo apartado con el siguiente tenor: “Una ley especial establecerá un estatuto jurídico propio para la capital del Estado y su territorio, que será aprobada por referéndum de sus habitantes una vez elaborada por las Cortes.” La enmienda fue rechazada.

Pero la idea continuaba. Así, en la Ley orgánica 6/1982, de 7 de julio, autorizando [según el artículo 144.a) de la Constitución] el establecimiento de la provincia de Madrid como comunidad autónoma por razones de interés nacional, se reconoció en su preámbulo que “[...] en la provincia de Madrid se encuentra la capital de España y

sede de las instituciones democráticas del Estado y del Gobierno de la Nación [...] dicha circunstancia [...] exigirá en el futuro el tratamiento legal adecuado para dar respuesta al especial estatus que concurre en la villa de Madrid”.

La idea (no su ejecución) se consolida definitivamente en el artículo 6 de la Ley orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de autonomía de la Comunidad de Madrid, que dispone lo siguiente:

“La villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y sede de las instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por ley votada en Cortes. Dicha ley determinará las relaciones entre las instituciones estatales, autonómicas y municipales, en el ejercicio de sus respectivas competencias.”

En su tramitación en el Congreso de los Diputados, a este texto se presentó una enmienda del Grupo Popular que proponía como redacción de este artículo 6 del Estatuto lo siguiente:

“La villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y sede de las instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por ley orgánica de la capitalidad de España votada en Cortes, que contendrá la compensación económica del Estado al Ayuntamiento de Madrid para el sostenimiento de sus cargas y reducción de sus ingresos, como consecuencia del hecho constitucional.”

La justificación de esta enmienda se basaba en que “es preciso definir en qué consiste la capitalidad del Estado [...] y cómo se compensa a este –municipio– desde el Estado por las cargas económicas y sociales que la honrosa condición de capital del Estado comporta”.

La enmienda fue rechazada, de una parte porque esa ley de capitalidad no podría ser orgánica y, de otra, porque no se consideró conveniente indicar el contenido de esa futura ley. Pero en la enmienda ya hay un elemento, compensación económica, que va a estar presente en todas las reflexiones que surgirán sobre el contenido de la ley de capitalidad.

Las alusiones normativas a ese régimen especial de capitalidad para Madrid no terminan con el Estatuto de autonomía. Más adelante, la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, en su disposición adicional 6.^a1 dispondrá que, mientras no se dicte la ley especial prevista en el artículo 6 del Estatuto de autonomía de Madrid, seguirá vigente el régimen especial del municipio de Madrid regulado por el decreto de 1963 modificado en 1970. De la misma manera, la Ley 39/1988, de haciendas locales, en su artículo 141 dispondrá que: “El municipio de Madrid tendrá un régimen financiero especial, del que será supletorio lo dispuesto en la presente ley.”

Hasta ahora, esa ley especial, prevista en el artículo 6 del Estatuto de autonomía de Madrid, no se ha dictado. Hubo, sí, algunos intentos. Así, la Asamblea de Madrid

acordó, el 17 de mayo de 1984, redactar una proposición de ley que regulase el régimen especial de la villa de Madrid por su condición de capital del Estado. Pero ese acuerdo no se llevó a la práctica. Tampoco tuvieron éxito las proposiciones de ley presentadas, con el mismo objeto, en la Asamblea de Madrid por el Grupo Popular en 1990 y en la legislatura 1991-1995; ambas proposiciones fueron rechazadas. Y hasta ahora no ha habido ninguna nueva iniciativa.

Sobre un dato cabe llamar la atención: lo que de excepción a lo dispuesto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución significa la ley de capitalidad. En virtud del aludido artículo 149.1.18.^a, al Estado le corresponden las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y a las comunidades autónomas (en este caso a la de Madrid, recogido así en su Estatuto) el desarrollo legislativo y reglamentario de esas bases. Pues bien, el artículo 6 del Estatuto de autonomía de Madrid viene a determinar que, en el caso de Madrid, la competencia sobre régimen local del Estado no se circunscribe sólo a las “bases”, sino que comprende plenamente la “legislación” (sin que, por tanto, a la Comunidad de Madrid, sobre ese caso, le corresponda el “desarrollo legislativo”).

El Estatuto de autonomía reserva a la Ley de Cortes la regulación del régimen especial del municipio de Madrid, por ser capital del Estado, excepcionando, repetimos, la previsión del artículo 149.1.18.^a de la Constitución. Dicho en otras palabras, hace el Estatuto lo que en su día se rechazó que hiciera la Constitución (recordemos la enmienda de Alianza Popular al artículo 5). Esta aparente anomalía en realidad no lo es tanto, puesto que el artículo 5 de la Constitución puede servir para entender que, interpretativamente, quepa una excepción al artículo 149.1.18.^a, en el sentido de que, interpretada sistemáticamente la Constitución, la capitalidad del Estado sea causa suficiente para la excepción ya aludida. Por otra parte, esta cuestión pone una vez más de manifiesto la especial naturaleza jurídica de los estatutos de autonomía, como normas de integración de la Constitución, y en ese sentido, como una especie de normas constitucionales secundarias.

Ahora bien, eso no significa que a la Comunidad de Madrid le esté vedado el desarrollo legislativo, para el municipio de Madrid, de lo dispuesto, con carácter general, en las bases del régimen local. Lo que significa es que, a mi juicio, si un día se dicta la ley especial de capitalidad de Madrid, esa ley habrá de ser completa, sin desarrollo legislativo por la comunidad autónoma, entre otras cosas porque el estatuto de la capitalidad es materia que sólo podrá desarrollar la ley del Estado.

Por ello, la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, en su artículo 40, confirma que el régimen especial de Madrid

no será objeto de la legislación de la comunidad, sino de ley del Estado, disponiendo que:

“La villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y de la Comunidad de Madrid gozará de un régimen especial regulado por ley votada en Cortes que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de autonomía de la Comunidad de Madrid, determinará las relaciones entre las Instituciones estatales, autonómicas y municipales en el ejercicio de sus respectivas competencias”.

Pero en cuanto al régimen general que ahora el municipio de Madrid tiene, sí está previsto algún tipo de actuación especial por parte de la comunidad autónoma. Así, en la ya aludida Ley 2/2003, de Administración local de la Comunidad de Madrid, se prevé, en sus artículos 139 a 153, la posibilidad (acudiendo a un modelo similar al establecido en el artículo 150.2 de la Constitución) de que la comunidad autónoma transfiera, delegue o encomiende la gestión de actividades y servicios de su competencia a las entidades locales del territorio de la Comunidad de Madrid. La transferencia habrá de hacerse por ley de la Asamblea de Madrid, así como su revocación; la delegación habrá de ser autorizada por ley de la Asamblea de Madrid, que habrá de autorizar también previamente su revocación; la encomienda de gestión se hará por convenio con la entidad local.

El municipio de Madrid (como cualquier otro de la comunidad) podría ser objeto de estas previsiones generales, pero también se ha incluido una cláusula específica en el artículo 139.3 de la aludida ley que singulariza al municipio de Madrid, al disponerse que: “No obstante, en razón de su singularidad como capital del Estado, se podrá prever transferencias o delegaciones de competencias a favor únicamente del municipio de Madrid.” Es decir, un régimen especial para Madrid distinto al de los demás municipios de la comunidad.

5. El contenido posible de una ley de capitalidad para Madrid

Rechazada, mientras no se reforme el artículo 6 del Estatuto de autonomía de Madrid, la posibilidad de que en la ley de capitalidad se transfieran sedes de instituciones generales del Estado a otras ciudades distintas de Madrid, el contenido de la hipotética ley prevista en el citado artículo 6 del Estatuto tiene, en primer lugar, un límite claro: no podría atribuir funciones de gobierno municipal de Madrid a instituciones del Estado o de la comunidad autónoma porque ello vulneraría la autonomía local constitucionalmente garantizada, ni podría atribuirles a esas autoridades controles sobre el gobierno municipal que excedieran el contenido esencial de la autonomía municipal.

A partir de ahí, el contenido de la ley parece que no podría ser otro que el previsto en el propio artículo 6 del Estatuto de autonomía, es decir, regular las relaciones, dentro de sus respectivas competencias, entre las autoridades estatales, autonómicas y locales, en cuanto que todas ellas confluyen en las actividades públicas que se realizan en Madrid como capital del Estado. A ese contenido enunciado en el citado artículo 6 habría que añadir el ya aludido en los intentos fallidos que hemos venido examinando, y legitimado incluso por la Ley de haciendas locales: la compensación por el Estado al municipio de Madrid por las cargas que soporta por el hecho de ser capital del Estado. Piénsese que ni los ministerios ni las delegaciones oficiales nacionales o extranjeras pagan en Madrid contribución urbana (hoy impuesto sobre bienes inmuebles), y que la capitalidad origina una sobrecarga de servicios de la policía municipal y de otros organismos municipales (con motivo de las recepciones a huéspedes del Gobierno, e incluso de acontecimientos de toda índole que tienen lugar en Madrid por ser capital del Estado). Disminución de ingresos y aumento de gastos que debieran compensarse con cargo a los presupuestos generales del Estado. ■

El sistema de fuentes de las entidades locales (II)¹

Antonio Serrano Pascual
*Secretario general
de la Diputación de Huesca*

1. Las fuentes autónomas del ordenamiento local.
 - 1.1. La potestad reglamentaria de las entidades locales.
 - 1.1.1. Las ordenanzas, los reglamentos y los bandos.
 - 1.1.1.1. El reglamento orgánico.
 - 1.1.2. El procedimiento de aprobación y la entrada en vigor de las ordenanzas.
 - 1.1.2.1. La competencia del presidente de la corporación local para la aprobación de reglamentos.
 - 1.1.2.2. La impugnación de las ordenanzas y los reglamentos locales.
 - 1.1.3. La potestad reglamentaria de las entidades locales y su ámbito de aplicación.
 - 1.1.3.1. Los avances de las fuentes autónomas: STC 233/1999, de 16 de diciembre; STC 106/2000, de 4 de mayo, y STC 132/2001, de 8 de junio.
 2. La costumbre como fuente en el Derecho local.
 3. La seguridad jurídica y el problemático sistema de fuentes de las entidades locales.
 4. Bibliografía de consulta.

1. La primera parte de este trabajo se publicó en el QDL, 2, correspondiente al mes de junio de 2003.

1. Las fuentes autónomas del ordenamiento local

En esta parte de nuestro trabajo se trata de estudiar las fuentes autónomas del ordenamiento local, las ordenanzas, los reglamentos y los bandos, y su imbricación en nuestro Derecho local, reflejando algunas cuestiones que surgen con un cierto carácter novedoso en torno a la potestad reglamentaria de las entidades locales, como sucede con las dudas acerca del ámbito reglamentario del presidente de la corporación local –al margen del tradicional papel del alcalde con los bandos–; examinando también el procedimiento de elaboración y su impugnación, así como las líneas legislativas seguidas por alguna comunidad autónoma en esta materia, el ámbito de la potestad reglamentaria local respecto de sus fuentes heterónomas y, finalmente, se trata sobre la costumbre como fuente de derecho.

1.1. La potestad reglamentaria de las entidades locales

Las entidades públicas territoriales son titulares de la potestad reglamentaria –encuadrada en las llamadas fuentes jurídicas secundarias– y en concreto las entidades locales que tienen tal naturaleza, *ex* artículos 3.1 y 4.1.a) de la LRL, es decir, el municipio, la provincia y la isla, mientras que los entes locales de carácter no territorial que se contemplan en el artículo 3.2. de la LRL contarán con dicha potestad en la medida que les haya podido atribuir la correspondiente ley autonómica, según prevé también el artículo 4.2 de la LRL.

El reconocimiento de la potestad reglamentaria de municipios y provincias se encuentra recogido no sólo en la LRL, sino también,² como precisa la STS de 15 de septiembre de 1995 (*El Derecho*, 4575/1995) en la propia Constitución, como consecuencia esencial de su condición que tiene garantizada la autonomía, en el artículo 6.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local y en la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida sobre todo en la STC 214/1989, de 21 de diciembre.

La potestad reglamentaria se vincula a la autonomía de las entidades locales y constituye el mecanismo de intervención en la actividad de los ciudadanos –que se sitúa en un estadio superior–, como señala el artículo 84.1 de la LRL. En este sentido, Morell Ocaña³ indica:

“[...] habrá que partir de que en la intervención, por la vía de la ordenanza, se produce el ejercicio de ‘un poder propio de cada corporación local’, directa consecuencia de la autonomía que la Constitución le garantiza. El legislador asume, en esta hipótesis, una función ‘habilitante’: es un ‘mediador necesario’ ya que sin su ‘específica habilitación’, el poder normativo local no podrá

actualizarse. La habilitación no implica transmisión de poder jurídico alguno; el legislador se limita a legitimar a las entidades locales su entrada en el campo inicialmente abarcado por la ley y, una vez conferida dicha legitimación, dichas entidades ejercerán poderes normativos que les pertenecen.”

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27 de marzo de 1985 (Aranzadi 1668/1985) considera que la potestad reglamentaria atribuida por la ley a los entes locales está implícitamente reconocida por el artículo 137 de la CE, al dotarles de autonomía para la gestión de sus intereses propios. Asimismo, como señala Lliset Borrell:⁴

“[...] en la medida en que cada ente local es, dentro de la complejidad de la Administración pública, una organización separada de la organización administrativa estatal y de la organización administrativa autonómica, las corporaciones locales vienen a constituir el sustrato de otros tantos ordenamientos propios, peculiares; aunque se trate de unos ordenamientos secundarios, subordinados, dada su naturaleza constitucionalmente bifronte, por su necesaria conexión institucional, tanto con el ordenamiento estatal como con el ordenamiento autonómico.”

En esta cuestión nos enfrentamos pues ante la necesidad de respetar el modelo de Administración local que se desprende de la Constitución española de 1978, de la Carta Europea de la Autonomía Local y de la legislación básica del Estado, frente a la tendencia constante del Estado y ahora de las comunidades autónomas, que se manifiesta en la invasión del espacio de las corporaciones locales, ya que como señala Morell Ocaña:⁵

“[...] al menos hasta ahora, la legalidad de los entes territoriales superiores ha descendido, con demasiada frecuencia, a la contemplación de situaciones rigurosamente particulares; más allá de lo que pudieran postular los valores de uniformidad e igualdad, tradicionalmente invocados. Y ello supone, desde luego, un evidente cercenamiento de uno de los contenidos típicos de la autonomía de las entidades locales.”

La citada vinculación con el principio de autonomía cristalizó en la primitiva redacción de los artículos 20.2 y 32.2 de la LRL, de forma tal que las normas que las entidades locales aprobaban en materia de organización complementaria se situaban, en el marco de la legislación estatal básica, por encima de las normas que pudiesen dictar al respecto las comunidades autónomas.

Sin embargo, como sabemos, la tantas veces citada STC 214/1989, de 21 de diciembre, alteró de un modo controvertido este sistema, de forma que los reglamentos orgánicos se subordinan ahora también a la legisla-

2. El artículo 55 del TRRL también proclama esta potestad reglamentaria, aunque sin este precepto no tiene carácter básico.

3. *Op. cit.*, p. 172.

4. LLISSET BORRELL, F. *Manual de Derecho Local*, 2001, p. 154. El Consultor, 3.^a ed., Madrid.

5. *Op. cit.*, p. 171.

ción autonómica –opinamos que siempre que tenga el rango formal de ley, ya que el Tribunal Constitucional habla en esta sentencia de potestad legislativa de las comunidades autónomas y no de la mera potestad reglamentaria–, aunque ésta no pueda invadir o desconocer el ámbito reservado a la autonomía organizativa municipal, y en este sentido declaró en el FJ 6:

“Lo que sucede es que, en lo concerniente a la organización municipal, el orden constitucional de distribución de competencias se funda en el reconocimiento de tres ámbitos normativos correspondientes a la legislación básica del Estado (artículo 149.1.18 de la CE), la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas según los respectivos estatutos y la potestad reglamentaria de los municipios, inherente esta última a la autonomía que la Constitución garantiza en su artículo 140. De acuerdo con el modelo constitucional anterior, el artículo 20 de la LRBRL establece, en su apartado 1, los órganos municipales de carácter necesario, reconociendo en el párrafo c) de este mismo apartado la potestad de autoorganización complementaria que corresponde a los propios municipios, lo que, en sí mismo, no plantea problema constitucional alguno.

“Este problema surge en relación con el último inciso de ese mismo párrafo, según el cual, dicha potestad reglamentaria de autoorganización no tiene más límite que el respeto de los órganos necesarios establecidos por la ley básica estatal. Con ello resulta evidente que se elimina la posibilidad de todo espacio normativo para la legislación autonómica de desarrollo autonómico en materia de organización municipal; lo que contradice frontalmente el orden constitucional de distribución de competencias arriba descrito. Bien entendido que la declaración de inconstitucionalidad de este inciso está justificada por la exclusividad que como límite se atribuye a esta ley; lo que en modo alguno impide que la Ley reguladora de las bases de régimen local continúe, en cuanto ley básica del Estado, constituyendo un límite (no el único) a la reglamentación organizativa de los municipios.

“Sin perjuicio de lo anterior, el apartado 2 de este mismo precepto reconoce formalmente la potestad legislativa de las comunidades autónomas para que éstas puedan establecer una organización municipal complementaria de la fijada con carácter básico o necesario por la propia Ley reguladora de las bases de régimen local. No obstante, dicho reconocimiento queda supeditado en su último inciso al hecho de que ‘regirá en cada municipio en todo aquello que su reglamento orgánico no disponga lo contrario’. Ello significa, como subrayan los recurrentes, que el espacio normativo de las comunidades autónomas, en este punto, queda tam-

bién virtualmente desplazado en su totalidad por la prevalencia de los reglamentos orgánicos complementarios de que puedan dotarse, según esta ley, los propios municipios. Por lo que también debe declararse contrario al orden constitucional de competencias el inciso transcrito.

“En consecuencia, depurado el precepto de los dos incisos a que se ha hecho referencia, permita que éste se ajuste al orden constitucional de distribución de competencias, pues en el mismo se definen los órganos básicos municipales, se reconoce la potestad legislativa de desarrollo de las comunidades autónomas y se admite, al propio tiempo, la existencia de un ámbito reservado a la autonomía organizativa municipal; ámbito éste que no podrá ser desconocido o invadido por las normas que, en materia de organización municipal complementaria, dicten las comunidades autónomas.

“Por lo demás, todo lo afirmado en relación con el artículo 20.2, puede también decirse del artículo 32.2, igualmente impugnado por los recurrentes, ya que no suscita otro rechazo que el que deriva de los incisos ‘sin otro límite que el respeto a la organización determinada por esta ley’ y ‘que regirá en cada provincia en todo aquello en lo que ésta no disponga lo contrario, en ejercicio de su potestad de autoorganización’. Despojado de ambos incisos el precepto no es inconstitucional, puesto que resulta respetuoso con las competencias legislativas de las comunidades autónomas en materia de organización provincial complementaria.”

El profesor Sosa Wagner⁶ considera que de esta forma: “[...] las competencias organizativas de los municipios han quedado abrasadas bajo la lupa de gran aumento con que han sido contempladas las competencias de desarrollo de las comunidades autónomas [...]”

Por ello, tras esta sentencia, las normas reglamentarias locales en materia de organización complementaria deben sujetarse tanto al principio de competencia como al de jerarquía, es decir, de sujeción a lo previsto en la ley –no sólo en la estatal sino también en la autonómica–, poniendo fin a la ilusión generada por el legislador estatal en 1985.

Téngase en cuenta también que con esta interpretación del Tribunal Constitucional, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, se viene a introducir una seria matización a lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Europea de la Autonomía Local, relativo a la adecuación de las estructuras y de los medios administrativos a los cometidos de las entidades locales, que establece:

“1.) Sin perjuicio de las disposiciones más generales creadas por la ley, las entidades locales deben poder definir por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pretenden dotarse, con objeto de

6. *Manual...*, op. cit., pp. 48-49.

adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz.”

1.1.1. Las ordenanzas, los reglamentos y los bandos

Las figuras que pueden entenderse comprendidas dentro de la potestad reglamentaria, tradicionalmente, han venido denominándose como reglamentos, ordenanzas y bandos del alcalde, distinguiéndose con una cierta nitidez los contornos entre ellos. Al mismo tiempo, se ha de tener presente su diferenciación respecto de los actos administrativos, como declara el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de septiembre de 1995 (*El Derecho*, 4575/1995):

“3.º) El acto administrativo se diferencia del reglamento en que éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de ‘generalidad’ y ‘carácter abstracto’ que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido ellas mismas en forma general (*Tu, legem patere quem ipse fecisti*), como reconoce el artículo 30 de la Ley de régimen jurídico de la administración del Estado de 26 de julio de 1957 (LRJAE), a cuyo tenor, ‘las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas.’”

Los reglamentos hacen referencia sobre todo a los servicios públicos, a la potestad autoorganizatoria⁷ —siendo paradigmático el propio reglamento orgánico— y a la potestad doméstica —como sucede con el reglamento de honores—, mientras que las ordenanzas afec-

tan en un plano *ad extra*, como sucede, por ejemplo, con la potestad de policía o con la potestad tributaria. En ambos casos estamos ante leyes en sentido material.

El Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, a efectos de denominar ordenanzas o reglamentos, dispone en el artículo 125.1:

“Las disposiciones generales aprobadas por las entidades locales en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en el ámbito de su competencia adoptarán la denominación de reglamentos, cuando tuvieren por objeto regular su organización y funcionamiento, o la de ordenanzas, en los demás casos.”

Por último, están los bandos del alcalde que tienen una discutida naturaleza jurídica, siendo mayoritaria la línea que sostiene su carácter no reglamentario⁸ por no integrarse en el ordenamiento jurídico, ni ser una fuente de producción de actos jurídicos, sino que se agota con su publicación y no tienen una vocación de permanencia, quedando excluidos, en consecuencia, del llamado bloque de la legalidad.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia de 15 de julio de 1999 (*El Derecho*, 46316/1999) sostiene:

“En cuanto al bando municipal cuestionado debe precisarse lo siguiente: el artículo 84 de la Ley de 2 de abril de 1985, reguladora de las bases del régimen local, dispone que las corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de ordenanzas y bandos. El artículo 7.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales establece que las disposiciones generales de las corporaciones locales revestirán la forma de ordenanza o de reglamento. Y (añade el apartado 3), si no reúne tales características (la de ser disposiciones generales) podrán revestir la forma de bando. Por tanto, para diferenciar una ordenanza municipal de un bando no basta atender a la denominación ni al órgano que lo aprobó ni al procedimiento según el cual se elaboró, sino fundamentalmente a su contenido.”

El mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia de 3 de mayo de 2001 (*El Derecho*, 1722/1995) abunda en el mismo criterio y añade:

“[...] para diferenciar una ordenanza municipal de un bando no basta atender a la denominación ni al órgano que lo aprobó ni al procedimiento según el cual se elaboró, sino fundamentalmente a su contenido. El bando

7. Como muestra de la potestad organizatoria de una corporación local puede citarse la determinación de la plantilla orgánica, que es un instrumento de ordenación de sus recursos humanos. La STS de 16 de noviembre de 2001 (*El Derecho*, 64595/2001), ratifica este extremo y declara que en este caso no se requiere convocar a la Mesa de Negociación sino solamente someterla a informe de las organizaciones sindicales.

8. El Tribunal Supremo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 1991 (Aranzadi 4272/1991), declara que los bandos en ocasiones

constituyen manifestación de la potestad reglamentaria de la Administración. Piénsese también que el artículo 84.1 de la LRL cuando indica que las corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de ordenanzas y bandos está reconociendo implícitamente un cierto valor normativo a los bandos, ya que si fuesen un mero recordatorio no tendría virtualidad para dicha intervención en la actividad del ciudadano.

es competencia del alcalde. La ordenanza es competencia del ayuntamiento pleno (artículo 22.1 de la Ley de 2 de abril de 1985) y esta potestad reglamentaria del Pleno no es delegable ni a la Comisión de Gobierno ni al alcalde [artículo 23.2 b)] con el anterior. Las ordenanzas deben ser elaboradas conforme al procedimiento de elaboración establecido en el artículo 49 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, precisando: aprobación inicial por el Pleno, posterior información pública y audiencia a los interesados, y aprobación definitiva. Resulta, así, que si del contenido del bando impugnado se desprende que se trata de una disposición general, estamos realmente ante una ordenanza; la cual, al haber sido aprobada por un órgano manifiestamente incompetente y al margen de procedimiento legalmente establecido, sería nula de pleno derecho.

“El bando litigioso establece prohibiciones, en sus diversos apartados o artículos. Así, por ejemplo, su párrafo 4 prohíbe la colocación de contenedores en determinadas circunstancias. Regula también las consecuencias jurídicas que establece para el caso de incumplimiento. Los demás apartados o párrafos de dicho bando establecen prohibiciones diversas y el apartado 10 del mismo regula las sanciones correspondientes. Se trata por tanto de un reglamento (norma jurídica de rango inferior a la ley). No se trata de un bando cuyo contenido sea el típico de este tipo de acto. No se trata de un mero recordatorio de la vigencia de normas jurídicas determinadas ni de establecimiento de directrices no obligatorias (típico contenido de los bandos), se establecen disposiciones, prohibiciones y limitaciones y se tipifican y sancionan conductas. Dicho bando es, en cuanto a su contenido, una ordenanza de policía: tampoco se trata de una refundición o una armonización de normas o disposiciones preexistentes, pues el bando contiene una cláusula derogatoria. Pero es que, aun en ese caso, si de lo que se trataba era de refundir o armonizar normas previas, hubiera sido precisa la elaboración de una ordenanza municipal. Y si de lo que se trataba era de ejecutar ordenanzas preexistentes, hubiera sido precisa la habilitación al efecto del alcalde. Un bando no puede según la ley contener normas jurídicas y el bando aquí impugnado las contiene. Por eso, al haberse producido por un órgano incompetente y fuera del procedimiento legalmente establecido, además de no constar publicado en el boletín oficial correspondiente, debe de ser considerado nulo de pleno derecho. Debe, por tanto, sin otras consideraciones estimarse el recurso y anular la actuación administrativa recurrida.”

9. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13 de diciembre de 2000 (*El Derecho*, 49633/2000) reconoce la autonomía del ayuntamiento recurrente y su potestad de autogobierno para, “mediante el dictado de reglamentos

1.1.1.1. El reglamento orgánico

Mención especial merece el reglamento orgánico de las entidades locales, reglamento por excelencia en el actual modelo de régimen local, al que ya nos hemos ido refiriendo en apartados anteriores –especialmente al hablar del la STC 214/1989, de 21 de diciembre, y del ROF–, que aparece ligado a la potestad autoorganizatoria de las entidades locales; y, aunque su contenido no se detalla en la normativa básica de régimen local, hemos de referir su ámbito material a los aspectos nucleares, en el marco de la ley, de la organización y el funcionamiento de la respectiva entidad local, como sucede con reglas relativas al funcionamiento del Pleno, de la Comisión de Gobierno, de las comisiones informativas, o de las comisiones especiales, junto a la regulación de los grupos políticos, o la del llamado estatuto de los miembros de la corporación,⁹ de la organización complementaria (de carácter territorial o sectorial), la regulación de la participación ciudadana, etcétera.

De hecho, la STS, de 11 de mayo de 1998 (*El Derecho*, 4709/1998), defiende un contenido amplio del reglamento orgánico al señalar:

“[...] en ningún caso, se establece una delimitación del ámbito material del reglamento orgánico de la entidad municipal hasta el punto de que resulte nula cualquier regulación contenida en él por el sólo hecho de que no se pueda incluir dentro de lo que, según una concepción estricta, pueda considerarse esencialmente organizativo, siempre que se respeten los límites de las potestades reglamentarias y de autoorganización que reconoce a los municipios el artículo 4.1.a) de la LRBRL.”

En la STS de 15 de septiembre de 1995 (*El Derecho*, 4575/1995) se distingue entre los actos administrativos y los reglamentos y, concretamente, se hace hincapié en algunas cuestiones que corresponden al ámbito del reglamento orgánico, con el siguiente razonamiento:

“2.º) Se discute en el presente recurso si un acuerdo de la sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento almeriense de C., en el que se acordó constituir un Grupo Mixto y se determinó que pertenecerían al mismo los concejales que, voluntariamente o por imperativo legal, lo solicitasen del alcalde (regla 1); que quienes pertenecieran al Grupo Mixto no podrían pertenecer simultáneamente a otro grupo (regla 2); que ningún grupo político ya constituido podría fraccionarse para integrar concejales en el Grupo Mixto (regla 3) y que el funcionamiento interno del susodicho Grupo sería decidido por sus integrantes, con sujeción al ROFRJEL (regla 4), constituye un acto administrativo como entiende la sala *a quo* o debe revestir la forma de ordenanza o regla-

orgánicos”, añadir completar y desarrollar el sistema de indemnizaciones estatal y autonómicamente previsto para su personal estatutario.

mento, con el respeto consiguiente del procedimiento de elaboración previsto para estas disposiciones, como razonadamente defiende en el motivo único de su recurso de casación el Abogado del Estado. [...]

"3.º) A la luz de las consideraciones expuestas se debe afirmar que la constitución de un Grupo Mixto, como grupo político en el Pleno de la corporación, no puede ser aprobado, en el caso, como acto administrativo singular del Pleno; en cuanto dicha decisión afecta a la corporación en su propio ser y a la esencia de su organización y funcionamiento en forma tal que no puede ser dejado a la voluntad ordenada de un acto singular del ente sino a la voluntad ordenante de una norma de organización, sin perjuicio de que la norma provenga del mismo ayuntamiento en Pleno que la ha de acatar. El paralelismo con los reglamentos parlamentarios que trae a colación el Abogado del Estado es pertinente ya que de una parte el ayuntamiento en Pleno se integra, a semejanza de las cámaras, por grupos políticos organizados (artículo 20.3 de la LRBRL) elegidos democráticamente entre los candidatos presentados por los partidos, las coaliciones, las federaciones o las agrupaciones (artículo 184 de la ley orgánica 5/1985, de 19 de junio) de los que el Pleno es reflejo democrático conforme a los principios de la representación proporcional (STC 32/1985, de 6 de marzo) y de otra porque la decisión sobre la constitución, la organización y el funcionamiento de este tipo de órganos representativos es una decisión previa y estable que, por lógica, precede a la adopción de cualquier acuerdo que pueda adoptar el propio órgano y rige la formación de éstos, por inderogabilidad singular (artículo 30 de la LRJAE).

"5.º) No puede aceptarse la interpretación estricta del artículo 20.1.c) de la Ley 7/1985 que, en la sentencia recurrida, limita el ámbito de los reglamentos orgánicos a los órganos complementarios del artículo 119 del ROFRJEL. Constituye materia típica de los reglamentos propios de cada corporación la regulación de la formación de los grupos políticos y la incorporación a ellos de los concejales del Pleno como, sobre la base de la redacción muy genérica del ROFRJEL en la materia, que obliga a remitir a las reglas de cada corporación (así lo hace el artículo 26 del referido reglamento), se afirma en la Sentencia de la antigua Sala Quinta de 20 de mayo de 1988. Esta afirmación que conduce a la casación de la sentencia recurrida se refuerza si se atiende a las garantías del procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos municipales, establecido el artículo 49 de la Ley 7/1985, que exige información públi-

ca y audiencia a los interesados; y, en fin, al considerar que el acto recurrido se afirma con carácter abstracto y general y no se agota *una tantum* en la simple constitución de un Grupo Mixto, sino que contempla su funcionamiento de futuro."

El reglamento orgánico se configura como un mecanismo que permite ajustar la realidad de la entidad local en el marco de la líneas que el legislador –no sólo la legislación estatal sino también la autonómica como dijimos anteriormente– ha considerado indispensables para esta institución. Precisa por tanto de una reflexión previa en la corporación correspondiente y de un amplio debate, porque viene a ser la singularización que en uso de la autonomía institucionalmente garantizada considera necesaria esa corporación para el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas.

Entre los aspectos que podrán abordarse estarán los relativos al régimen de sesiones –contemplando la articulación de los debates, las intervenciones de los miembros representativos, las votaciones–; precisar la configuración de la Comisión de Gobierno o de las comisiones informativas; regulación de los grupos políticos o de la Junta de Portavoces; concreción del estatuto de los miembros representativos; regulación de la participación ciudadana, de los consejos sectoriales, los distritos, las pautas para la descentralización, etc.; también podrían contemplarse, respecto del procedimiento administrativo, la responsabilidad administrativa y el régimen jurídico de los actos y los acuerdos de la corporación, como dice Romero Hernández,¹⁰ "[...] preceptos de mero desarrollo, que en absoluto pueden extralimitar dicha función accidental".

A juicio de Rodríguez Álvarez,¹¹ no deben abordarse necesariamente en el reglamento orgánico: "a) los honores y los símbolos esenciales del municipio y del ayuntamiento; b) las grandes directrices de la organización administrativa; c) las delegaciones del pleno en otros órganos municipales."

Existiendo a juicio de este autor¹² otras materias organizativas que no pueden incluirse en el reglamento orgánico, como sucede con: "a) las delegaciones del alcalde en otros órganos de la corporación, y cualquier aspecto relacionado con la configuración de su equipo de gobierno; b) el número de miembros de la Comisión de Gobierno".

El contenido de este reglamento orgánico variará, como es obvio, en función de la complejidad y el tamaño de la corporación local, de los que se derivarán una estructuración diferente en cada caso, por lo que se

10. ROMERO HERNÁNDEZ, F. *El Reglamento Orgánico Municipal*, 1990, p. 32. Col. Manual del Alcalde, Banco de Crédito Local, Madrid.

11. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M. "El papel del reglamento orgánico municipal tras la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, operada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, en CUNAL, p. 51, julio 2002.

12. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M. "El papel del reglamento orgánico...", *op. cit.*, p. 52.

insiste en la necesidad de evitar la copia mimética de otros reglamentos y, en cambio, en tratar de que sirva a la concreta realidad de dicha corporación y a las pautas políticas que intenten desarrollarse.

1.1.2. El procedimiento de aprobación y la entrada en vigor de las ordenanzas

La potestad reglamentaria de las entidades locales está sujeta al principio de legalidad, teniendo que respetarse el principio de competencia –territorial, material u objetiva y orgánica– y precisa, asimismo, para su válida aprobación del cumplimiento de una serie de requisitos formales¹³ de entre los cuales se ha de resaltar el de la oportuna publicación.

La STC 233/1999, de 16 de diciembre, en cuanto a la reserva de ley en materia tributaria declara en el FJ 19 que:

“Ciertamente, hemos venido recordando que la reserva de ley tributaria es relativa y que en las contraprestaciones, fruto de la prestación de un servicio o una actividad administrativa, la colaboración del reglamento ‘puede ser especialmente intensa en la fijación y la modificación de las cuantías’ –estrechamente relacionadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades– (STC 185/1995, FJ 5). Y hay que reconocer, asimismo, que la finalidad perseguida por el legislador con el artículo 45.1 de la LHL es constitucionalmente legítima: basta, en efecto, la lectura de la Exposición de motivos de la LHL para llegar a la conclusión de que el citado es uno de los muchos preceptos de la norma estatal que pretenden el saneamiento de las haciendas locales.

“Pero, tal y como concluíamos en la STC 19/1987 (en la que declaramos contrario al artículo 31.3 de la CE el artículo 13 de la Ley 24/1983, de 21 de diciembre, de medidas urgentes de saneamiento y regulación de las haciendas locales, al dejar a los entes locales absoluta libertad para determinar el tipo de gravamen de la contribución territorial urbana), la ‘plena coherencia de aquel objetivo con lo determinado en la Constitución en orden a la deseable suficiencia de medios de las haciendas locales (artículo 142) no puede desvirtuar, sin embargo, el juicio negativo que ahora ha de merecer, desde la defensa de la reserva de Ley también constitucionalmente garantizada’, la técnica empleada por el legislador. Como hemos señalado, la intervención de los municipios en la ordenación de sus propios recursos tributarios, especialmente en la fijación del *quantum* de dichas prestaciones, viene exigida por los artículos 133 y 142 de la CE,

pero no en los términos que dispone el artículo 45.1 de la LHL; esto es, como sucedía en el caso enjuiciado en la citada STC 19/1987, ‘mediante un pleno desapoderamiento del legislador en favor de la autonomía municipal –consagrada sin límites ciertos y, por tanto, desfigurada– para la determinación de un elemento esencial en la definición de los tributos’ (FJ 5). Como, en relación con una tasa, decíamos en la STC 179/1985, la reserva de ley tributaria reclama un ‘límite legal’ de la cuantía de la prestación, ‘siquiera los límites máximo y mínimo’ entre los que la prestación de carácter público deba quedar comprendida. Ciertamente, se hace referencia en el artículo 45.1 de la LHL a un límite mínimo –‘el coste del servicio prestado o de la actividad realizada’–, pero la mera precisión en la ley de un límite mínimo no salva las exigencias que derivan de la reserva de ley, dado que la discrecionalidad del ente público –esto es, la posibilidad de decidir la cuantía de la prestación coactiva sin condicionamiento legal alguno– subsiste para la determinación del precio público en medida superior al mínimo.

“En definitiva, la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para determinarlo, es absolutamente necesario para respetar el principio de reserva de ley; no estableciendo tal límite el artículo 45.1 de la LHL para los precios públicos coactivos por servicios o actividades, dicho precepto debe ser declarado inconstitucional. Es necesario, sin embargo, precisar el alcance concreto que debe atribuirse a dicha declaración. El artículo 45.1 de la LHL contradice la Constitución sólo en la medida en que resulta aplicable a los precios públicos por servicios o actividades que tienen naturaleza tributaria; esto es, como venimos señalando desde la STC 185/1995, los exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, de carácter indispensable o prestados en régimen de monopolio.”

Volviendo a los trámites procedimentales, tras la modificación introducida en la LRL por la Ley 11/1999, de 21 de abril, el procedimiento de aprobación y modificación de las ordenanzas y los reglamentos se contempla en el artículo 49 de la LRL, constando de una aprobación inicial por el Pleno, información pública y audiencia a los interesados, por el plazo mínimo de treinta días, para la presentación de reclamaciones y sugerencias, y resolución posterior de todas las reclamaciones y las sugerencias por el Pleno, que los aprobará definitivamente. En el caso de que no se presenten dichas reclamaciones se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

13. En la STS de 2 de abril de 2001 (*El Derecho*, 27502/2001), el alto tribunal acuerda estimar el recurso de casación interpuesto por una asociación recurrente contra la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por la que se consideró adecuada la decisión del Ayuntamiento de Zaragoza sobre la aprobación de la tarifa especial para grandes almacenes con

aparcamientos en explotación, en concepto de precio público por la ocupación de la vía pública, ya que el aumento de la referida tarifa, debió acompañarse, según el tribunal, de una memoria económica justificativa del acuerdo y de la cuantía del aumento, lo que impone la anulación de la misma.

Dado que se habla no sólo de información pública (a través del BOP), sino también de audiencia, deberá efectuarse la oportuna notificación de este trámite a las asociaciones y las organizaciones representativas en la materia objeto de reglamentación, y si los interesados están claramente determinados tendrá que practicarse notificación individualizada.

Se ha venido sosteniendo que en el caso de los internos o *ad intra*, que afectan a la organización de servicios propios –salvo el reglamento orgánico que viene a ser un reglamento singular–, no rige el sometimiento a las reglas del artículo 49 de la LRL, de forma que se publicarían en el BOP, según determina el artículo 196.2 del ROF, y no haría falta información pública ni el trámite de audiencia. Sobre este particular, creemos, sin embargo, que tanto prescindir del trámite de información pública como del de audiencia no puede sostenerse válidamente, porque se infringiría en ambos casos, directamente, lo dispuesto en la carta magna.

En efecto, el artículo 9.3 de la CE, por un lado, proclama abiertamente la publicidad de las normas¹⁴ y el artículo 105.a) de la CE, por otro, la necesidad de la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y las asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, y si se reconoce el carácter de norma a determinada disposición municipal no puede –salvo que pese más la inercia histórica¹⁵ seguida en nuestro régimen local que el mandato rotundo de la Constitución– excluirse de estos trámites en modo alguno.

Respecto de la publicidad, es de resaltar el giro dado por la legislación básica de régimen local bajo el prisma constitucional, ya que como dice Tomás-Ramón Fernández:¹⁶

“Sin embargo, la LRL ha puesto fin a este sistema tradicional y exige ahora (artículo 70) la publicación íntegra de las ordenanzas, incluidas las normas de los planes urbanísticos, que, en consecuencia, no entrarán en vigor ‘hasta que se haya publicado íntegramente su texto’ en el *Boletín Oficial de la Provincia*, sin duda por la constitucionalización (artículo 9.3) del principio de la publicidad de las normas.”

Desde esta base, conviene matizar sin embargo la diferencia existente entre las normas reglamentarias y

las instrucciones. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia intenta precisar esta cuestión –sin demasiado éxito a nuestro juicio–, ya que habla de normas para referirse a las instrucciones, en la Sentencia de 14 de noviembre de 2001 (*El Derecho*, 66959/2001):

“Con esto queremos decir que no estamos ante una disposición reglamentaria sino una instrucción; cuyo fundamento no es desde luego la potestad reglamentaria sino la de autoorganización y el poder jerárquico, siendo su exclusivo objeto las cuestiones domésticas de la organización administrativa relacionada con la actividad del único agente-notificador y, en cuanto tal, es desde luego una norma; pero no un reglamento en sentido estricto, pues carece de alguno de sus rasgos característicos como la publicación, siendo más bien una norma interna con pretensión de ordenar la actividad del recurrente.”

En efecto, no cabe confundir la mera instrucción –que es un acto administrativo–, con una norma reglamentaria, ya que aquélla no tiene naturaleza reglamentaria y se inserta, por el contrario, en la previsión contenida en el artículo 21 de la LPC, de forma que los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones¹⁷ y órdenes de servicio –que no constituyen Derecho objetivo, sino facultad de dirección sobre los inferiores jerárquicos y carecen de contenido normativo general.

Sobre este particular, la STC 26/1986, de 19 de febrero, declara lo siguiente:

“Aunque se trata de algo elemental y de pacífica aceptación, es conveniente referir aquí que las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente de derecho, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización; no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria caso contrario, y sin que sea menester su publicación –como se requiere si de verdaderas normas reglamentarias se trata–, bastando que la instrucción llegue a conocimiento del inferior jerárquico al que se dirige. Insistiendo en el punto relativo a la publicación,

14. El artículo 52.1 de la LPC dispone que para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial que corresponda, y el artículo 1 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los boletines oficiales de las provincias establece que el *Boletín Oficial de la Provincia* es el periódico oficial en el que se publicarán las disposiciones de carácter general y las ordenanzas, así como los actos, los edictos, los acuerdos, las notificaciones, los anuncios y las demás resoluciones de las administraciones públicas y de la Administración de justicia de ámbito territorial provincial, cuando así esté previsto en disposición legal o reglamentaria.

15. Piénsese que todavía el artículo 7.2 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, de 13 de junio de 1955 –respecto del cual cabría sostener su derogación tácita por incompatibilidad con lo dispuesto en el ar-

tículo 70 de la LRL–, indica que la vigencia de las disposiciones se iniciará a los veinte días de haberse “anunciado” en el *Boletín Oficial de la Provincia* la aprobación definitiva, o a contar de la publicación si así se decretase expresamente. Los bandos dice este artículo 7 en el apartado 3 que serán publicados según uso y costumbre de la localidad.

16. FERNÁNDEZ, T. R. “Reglamentos y prescripciones autonómicas”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 213. Civitas, 9.ª ed., Madrid, 1999.

17. En el ámbito tributario, la Ley general tributaria contempla esta figura en el artículo 18.2, que serán de obligado cumplimiento para los órganos de gestión de la Administración pública, pero que carecerán de valor normativo para los ciudadanos y tribunales.

hay que recordar también que la misma se exige, en el *Boletín Oficial del Estado*, para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones de carácter general, ya que así está previsto en el artículo 132 de la LPA.”

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia considera que los trámites de información pública y audiencia en el procedimiento de elaboración de los reglamentos son garantías esenciales, cuya omisión conduce a la nulidad de pleno derecho de los mismos. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1994 (*El Derecho*, 11193/1994), declara:

“4.º) La información pública y la audiencia a los interesados constituye garantía esencial, determinando su omisión la nulidad de pleno derecho de la norma local afectada (Sentencia de 10 marzo de 1992). La información pública potestativa del artículo 130.5 de la Ley de procedimiento y la audiencia corporativa del artículo 130.4 de la misma ley confluyen, así, con la adecuada garantía, en el trámite que acabamos de enunciar en la legislación de régimen local. [...]”

“5.º) Es pertinente precisar, para dar adecuada respuesta a las alegaciones de la apelante (artículo 43.1 de la LJCA), que la información pública y la audiencia a los interesados atiende al mismo tiempo a la audiencia de los interesados –en defensa de sus derechos y sus intereses legítimos– y a la información pública propiamente dicha –como mecanismos de participación ciudadana connatural a un Estado social y democrático de derecho– lo que se corrobora en la diferenciación que la propia Ley 7/1985 efectúa entre las reclamaciones procedentes lógicamente de quienes ostenten una posición de interesados y las simples sugerencias aportadas por los demás a que puede dar lugar.

“La dicción de la Ley 7/1985 y la propia redacción del artículo 188 del Real decreto legislativo del TR, de 18 de abril de 1986, aunque éste sea únicamente aplicable al procedimiento de las ordenanzas fiscales indican, junto a la interpretación jurisprudencial que han recibido, que ‘información pública y audiencia a los interesados’ constituyen, en la Ley 7/1985, un trámite único, cuya función consiste, precisamente, en que la Administración localice e identifique a los interesados propiamente dichos, y pueda ponderar y confrontar con el interés público los datos, las sugerencias y las reclamaciones que aporten, antes de la aprobación definitiva del texto.

“6.º) La audiencia corporativa no deja, por ello, de tener garantía en el ámbito local –en el que por definición debe ser mayor la ósmosis entre el nivel de gobierno municipal y el de sus representados–, sin ser necesario para ello dar aplicación, en forma supletoria, al artículo 130.4 de la LPA que se nos invoca.

“En efecto, a través del registro municipal de asociaciones vecinales, que prevé el artículo 236 de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, se puede dar cauce a la audiencia corporativa

mencionada ya que el ayuntamiento deberá, sin duda notificar, en su propio domicilio social a las entidades inscritas en el registro que hayan efectuado la solicitud que prevé el artículo 234.a) del reglamento, el acuerdo de apertura del trámite de información pública y audiencia a los interesados de los proyectos de ordenanza que afecten a cuestiones relacionadas con el objeto social de las mismas. [...]”

“7.º) No se debe olvidar, por último, la línea jurisprudencial que, desde la Sentencia de 16 mayo 1972 de la antigua Sala Cuarta, ha venido a extremar en los últimos años el rigor en la exigencia del cumplimiento del artículo 130.4 de la LPA en la elaboración de disposiciones generales de otras administraciones públicas, interpretando dicho precepto (desde 1978) con una lectura conforme al artículo 105.a) de la CE, y, subrayando, que el trámite de informe de las entidades corporativas y representativas de los intereses afectados por tales disposiciones –que establece el artículo 130.4 de la LPA– equivale y sustituye al de audiencia a los interesados que respecto del procedimiento común preceptúa el artículo 91 de la LPA (sentencias de 18 octubre y 26 abril 1993; 19 enero, 22 mayo y 17 octubre 1991; o, en revisión, de 19 mayo 1988).

“Con inspiración en esta corriente jurisprudencial consolidada, y en el artículo 105.a) de la norma fundamental, es de entender que la expresión ‘audiencia a los interesados’ del citado artículo 49 de la Ley 7/1985 también tiene una significación acorde al artículo 91 de la LPA –al que sustituye– en el trámite que acabamos de examinar y que, por ello, no obliga sólo a la normal publicación oficial del acuerdo de apertura del trámite de información pública y audiencia a los interesados, sino también a efectuar una notificación individual (artículo 194 del Régimen de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales en relación con el artículo 80 de la LPA) del acuerdo de apertura del trámite en todos aquellos casos en que existan afectados o interesados que estén claramente determinados y resulten conocidos por la Administración que promueve el proyecto de ordenanza.”

En otro orden de cosas, el quórum para la válida adopción de estos acuerdos es el de la mayoría simple, a excepción del reglamento orgánico propio de la corporación y los relativos a la imposición y la ordenación de los recursos propios de carácter tributario [artículo 47.3.a) y h) de la LRL], en cuyo caso se requiere la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación para la válida adopción de estos acuerdos. Asimismo, se requeriría dicho quórum y no el de la mayoría simple cuando se trata de las ordenanzas que regulan el aprovechamiento de los bienes comunales –como se desprende del artículo 47.3.d) de la LRL– y de los acuerdos referidos a las ordenanzas urbanísticas que corresponden al Pleno [artículo 47.3.i) de la LRL].

Las ordenanzas se publican en el BOP y no entran en vigor hasta que se haya publicado su texto y transcurrido el plazo de impugnación a que alude el artículo 65.2 de la LRL. A su vez, el artículo 70.2 de la LRL dispone sobre la publicación y la entrada en vigor –tras la redacción dada por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre– que:

“Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican en la forma prevista por la ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales se publican en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2. Idéntica regla es de aplicación a los presupuestos, en los términos del artículo 112.3 de esta ley. Las administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener a disposición de los ciudadanos que lo soliciten copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial.”

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27 de julio de 2001 (*El Derecho*, 24961/2001), destaca respecto de la publicación de los planes urbanísticos:

“Según jurisprudencia de este propio Tribunal Supremo, el referido artículo impone la publicación íntegra de las normas urbanísticas de los planes; requisito que si no se cumple los convierte, aunque sigan siendo válidos, en ineficaces, esto es, en incapaces para servir de base a actos derivados. Con ello el Tribunal Supremo rechaza la interpretación del artículo 70.2 de la LBRL realizada por el juzgador de instancia, manteniendo que la reforma operada por la Ley 39/1994 no vino a rectificar la doctrina jurisprudencial sobre la necesaria publicación de los planes, ni tuvo por finalidad restringir la originaria redacción del precepto en cuestión; según se establece claramente en su Exposición de motivos, aquélla es la de ‘resaltar la obligación constitucional de publicar en el BOP las normas urbanísticas y ordenanzas contenidas en los instrumentos de planeamiento’ de forma que así ‘se garantiza la publicidad de las normas’.”

El plazo de *vacatio legis* es de veinte días, y se trata de un plazo en el que no se excluyen los días inhábiles, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 2 y 5 del Código civil, plazo de veinte días que es disponible por la propia norma, sin perjuicio de que en todo caso habrá de cumplirse el plazo de quince días hábiles para el requerimiento que pueden efectuar la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas a que alude el artículo 65.2 de la LRL.

Por lo que se refiere a los trámites de aprobación y de entrada en vigor de las ordenanzas fiscales, el artículo 17 de la LHL dispone:

“1.) Los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, la supresión

y la ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y las modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se expondrán en el tablón de anuncios de la entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

“2.) Las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el *Boletín Oficial de la Provincia*, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial. Las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes deberán publicarlos; además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial.

“3.) Finalizado el período de exposición pública, las corporaciones locales adoptarán los acuerdos definitivos que procedan; resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario.

“4.) En todo caso, los acuerdos definitivos a que se refiere el apartado anterior, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en el *Boletín Oficial de la Provincia* o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.

“5.) Las diputaciones provinciales, consejos, cabildos insulares y, en todo caso, las demás entidades locales cuando su población sea superior a 20.000 habitantes, editarán el texto íntegro de las ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos dentro del primer cuatrimestre del ejercicio económico correspondiente.

“En todo caso, las entidades locales habrán de expedir copias de las ordenanzas fiscales publicadas a quienes las demanden.”

Existe un procedimiento singular recogido en los artículos 95 y 103.2 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales, de carácter supletorio, en el que se señala que las ordenanzas que regulan el aprovechamiento de los bienes comunales exigen la aprobación definitiva de la comunidad autónoma, oído el Consejo de Estado o el órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquélla, si existiera.

El artículo 59 del TRRL, de carácter básico, que señalaba –salvo previsión legal distinta– los límites a las multas por infracción de ordenanzas se ha visto modificado y

podría sostenerse incluso su derogación tácita por la disposición adicional única de la Ley 11/1999, de 21 de abril, que establece:

“Salvo previsión legal distinta en cuanto a sus cuantías, las multas por infracción de ordenanzas no podrán exceder de 300.000 pesetas en municipios de más de 250.000 habitantes, de 150.000 pesetas en los de 50.001 a 250.000 habitantes, de 75.000 pesetas en los de 20.001 a 50.000 habitantes, de 50.000 pesetas en los de 5.001 a 20.000 habitantes, y de 25.000 pesetas en los demás municipios.”

Mención singular habría que hacer también a la regulación autonómica que se ocupa del procedimiento de aprobación de las ordenanzas y los reglamentos locales, como sucede con el caso de Aragón, cuya regulación ofrece serias dudas de constitucionalidad.

En efecto, la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, establece el siguiente procedimiento de elaboración de reglamentos y de ordenanzas, en el artículo 140, que ha tenido desarrollo reglamentario en los artículos 125 y siguientes del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, servicios y obras de las entidades locales de Aragón:

“1.) La aprobación de ordenanzas y reglamentos locales se ajustará al siguiente procedimiento: a) aprobación inicial por el Pleno de la entidad local; b) información pública, previo anuncio en la sección correspondiente del *Boletín Oficial de Aragón* y en el tablón de anuncios de la entidad del acuerdo de aprobación inicial, por el plazo mínimo de treinta días, en que los vecinos y los interesados legítimos podrán examinar el expediente y formular reclamaciones, reparos u observaciones; c) audiencia previa a las asociaciones vecinales y de defensa de los consumidores y los usuarios establecidos en su ámbito territorial que están inscritos en el registro correspondiente de asociaciones vecinales y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición; d) resolución de las reclamaciones, los reparos o las observaciones y la aprobación definitiva por el Pleno. Si no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

“2.) Para la modificación de las ordenanzas y reglamentos deberán seguirse los mismos trámites que para su aprobación.”

A su vez, el artículo 141 de esta misma ley aragonesa contempla la siguiente regulación sobre la entrada en vigor de las ordenanzas y de los reglamentos:

“1. Los reglamentos y las ordenanzas, incluidos los contenidos normativos de los planes urbanísticos, no producirán efectos jurídicos en tanto no hayan transcurrido quince días contados desde el siguiente al de la publicación de su texto íntegro en el *Boletín Oficial de la Provincia*, plazo en el que la Administración del Estado o de la comunidad autónoma podrán ejercer sus facultades de requerimiento a las entidades locales, en orden a la anulación del reglamento u ordenanza.

“2.) Las ordenanzas fiscales entrarán en vigor una vez que se haya publicado íntegramente el acuerdo definitivo y el texto de las mismas en dicho boletín, a no ser que se demore su aplicación a una fecha posterior.”

Los problemas que se desprenden de estos preceptos se derivan de que se atribuye expresamente al Pleno la competencia no sólo para aprobar las ordenanzas y el reglamento orgánico –como dispone la legislación básica del Estado en los artículos 22.2.d) y 33.2.b) de la LRL entre otros, y, además, con el carácter de indelegables–, sino el resto de los reglamentos, cuestión controvertida, como veremos en el punto siguiente, al analizar las posibles competencias del presidente en esta materia –en el caso de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, su artículo 162.2 también atribuye al Pleno esta competencia, para todos los reglamentos y no sólo para el orgánico.

Asimismo, la previsión de que sea la sección correspondiente del *Boletín Oficial de Aragón*¹⁸ el medio por el que haya de efectuarse la publicación es una obligación más que dudosa; ya que choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 70.2 de la LRL, y también porque estamos ante una competencia propia de la provincia como ha reconocido la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los boletines oficiales de las provincias, y por ello la publicación en la sección del *Boletín Oficial de Aragón* resulta inaceptable jurídicamente, salvo que se sigan los trámites que la propia Ley 5/2002 reconoce para la integración del *Boletín Oficial de la Provincia* en el de la comunidad autónoma, pero con carácter temporal.

En apoyo de cuanto decimos sobre la incorrecta forma en que se ha abordado la cuestión de la integración de los boletines oficiales de las provincias aragonesas en el BOA, basta recordar lo que ha dicho el Tribunal Constitucional en la STC 233/1999, de 16 de diciembre:

“Pues bien, a este respecto cabe afirmar que la previsión contenida en los preceptos recurridos ha de considerarse una decisión básica incardinable en la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.18 de la

18. La disposición adicional 4 de esta Ley 7/1999, de 9 de abril, declara la integración de los boletines oficiales de las provincias aragonesas en el *Boletín Oficial de Aragón*, en una muestra de clara inconstitucionalidad.

CE. En efecto, la publicación de los actos jurídicos emanados de las corporaciones locales, en cuanto presupuesto de eficacia de los mismos, aparece estrechamente vinculada al principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la CE y exige, en consecuencia, un tratamiento común y uniforme en todo el territorio del Estado que sólo puede garantizar el legislador estatal. Además, la publicación de anuncios y acuerdos de las entidades locales en el *Boletín Oficial de la Provincia* resulta plenamente acorde con la dimensión constitucional que a ésta atribuye el artículo 141 de la CE, en su doble condición de agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado; entre las que hay que incluir las de las propias corporaciones locales en que se organiza territorialmente este último (artículo 137 de la CE). Ciertamente, ello no impide que las comunidades autónomas puedan proceder igualmente a la publicación de tales anuncios y acuerdos; posibilidad ésta que no ha de considerarse excluida por el mero hecho de que algún precepto de la LHL haga referencia expresa a otros supuestos de doble publicación provincial y autonómica. Ahora bien, por lo que a los preceptos ahora impugnados respecta, sólo la publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia* ha de entenderse dotada de eficacia jurídica, por haberlo dispuesto así el legislador del Estado en el ámbito de la competencia antes mencionada.”

Además, en cuanto a la entrada en vigor, tampoco se respeta en la legislación aragonesa lo dispuesto por la legislación básica del Estado, contenida como venimos indicando, en el artículo 70.2 de la LRL; introduciendo de esta manera inseguridad jurídica en este punto, ya que el plazo de quince días para el requerimiento de la Administración del Estado o de la comunidad autónoma, a que alude el artículo 65.2 de la LRL, lo es a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo y no desde la publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia*—afortunadamente aquí el legislador aragonés se ha olvidado de decir en la sección correspondiente del BOA—, como se pretende en esta normativa autonómica.

De igual modo, nos podemos referir a las ordenanzas fiscales, ya que, como hemos visto, el artículo 141.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, señala que entrarán en vigor una vez que se haya publicado íntegramente el acuerdo definitivo y el texto de las mismas en el *Boletín Oficial de la Provincia*—aquí también se ha olvidado referirse la legislación aragonesa, por fortuna, a la sección correspondiente del

BOA—, pero añade que “[...] a no ser que se demore su aplicación a una fecha posterior”.

Esta previsión de la legislación aragonesa no se ajusta, en concreto, a la legislación básica de haciendas locales, es decir, los artículos 16 y 17 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales,¹⁹ porque en estos preceptos se distingue claramente entre el comienzo de la aplicación de las ordenanzas fiscales y su entrada en vigor; pero lo que no puede hacerse, porque se vulneraría dicha normativa básica, es que la entrada en vigor—que se produce automáticamente con la publicación del acuerdo de aprobación definitivo o del provisional elevado automáticamente a tal categoría y la del texto de esas ordenanzas fiscales—se condicione a que se demore su aplicación a una fecha posterior.

En el caso de Cataluña, esta materia está regulada de una manera pormenorizada en el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales, desarrollando así las previsiones del artículo 162.2 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, en la que destaca la participación ciudadana respecto de la iniciativa reglamentaria. Concretamente, los artículos 60 a 66, ambos inclusive, de este reglamento disponen:

“60.1.) La aprobación y la modificación de las ordenanzas se efectuará de conformidad con lo establecido por el artículo 162.2 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, otra legislación aplicable y este reglamento.

“60.2.) Para la aprobación y la modificación de las ordenanzas fiscales y las de edificación y de uso del suelo se seguirá el procedimiento previsto en la legislación específica que sea aplicable.

“61.1.) Podrán ejercer la iniciativa para la formación o la modificación de ordenanzas los órganos de las entidades locales, en la forma establecida por la legislación que los regula, y en los municipios; además, los vecinos por su cuenta o mediante las entidades o las asociaciones legalmente constituidas, que tengan por objeto la defensa y la protección de los intereses de los ciudadanos.

“61.2.) La iniciativa de los vecinos no será procedente en materias ajenas a las competencias de la entidad local ni en las de carácter tributario.

“61.3.) El número mínimo de vecinos para ejercer la iniciativa será el mismo que el que establece el artículo 144.2 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

19. El artículo 107.1 de la LRL señala también que las ordenanzas fiscales reguladora de los tributos locales comenzarán a aplicarse en el momento de su publicación definitiva en el *Boletín Oficial de la Provincia* o, en su caso, de

la comunidad autónoma uniprovincial, salvo que en las mismas se señale otra fecha.

"61.4.) El escrito que contenga la iniciativa se referirá a las líneas básicas de la norma que se proponga elaborar y se acompañará una memoria justificativa.

"61.5.) El Pleno de la corporación admitirá a trámite o rechazará la iniciativa, motivando, en todo caso, la decisión que se adopte.

"62.1.) Acordada la formación o la modificación de una ordenanza, se designará una comisión de estudio encargada de redactar el texto del anteproyecto de la norma.

"62.2.) Dicha comisión estará integrada por miembros de la corporación y por personal técnico, propio o ajeno a ésta, bajo la presidencia de uno de aquéllos. La comisión podrá proponer que se encomienden a dicho fin estudios, informes o dictámenes a profesionales ajenos a la entidad.

"62.3.) La corporación podrá solicitar al consejo comarcal al que pertenezca, a la Diputación o a la Administración de la Generalitat en la función de asistencia a las entidades locales la elaboración del texto del anteproyecto de la ordenanza, y la colaboración técnica necesaria hasta su aprobación definitiva, que deberán prestarse siempre que se justifique su necesidad.

"63.1.) Corresponde al Pleno de la corporación aprobar inicialmente el anteproyecto de ordenanza.

"63.2.) El acuerdo de aprobación, junto con el proyecto de la norma, se someterán a información pública mediante anuncio que se publicará en el *Boletín Oficial de la Provincia*, en el *Diari Oficial* de la Generalitat de Cataluña, en uno de los medios de comunicación escrita diaria y en el tablón de anuncios de la corporación, por el plazo mínimo de treinta días, para la formulación de reclamaciones y alegaciones.

"63.3.) En todo caso se concederá audiencia a los vecinos o las asociaciones que hayan ejercido la iniciativa.

"64.1.) Las reclamaciones y las alegaciones presentadas se remitirán a la comisión informativa que corresponda o que se constituya a este efecto; la cual propondrá la estimación o la desestimación total o parcial de aquéllas, y formulará la propuesta de aprobación de la ordenanza.

"64.2.) La composición y el funcionamiento de dicha comisión se regirá por el reglamento orgánico de la corporación, en su caso, y por la normativa de régimen local aplicable.

"65.1.) La aprobación definitiva de las ordenanzas corresponde al pleno de la corporación, el cual no podrá delegar en otro órgano esta atribución. En caso de haberse presentado reclamaciones o alegaciones durante el trámite de información pública y de audiencia, se resolverán de forma razonada en el mismo acuerdo de aprobación. Cuando no se hayan presentado reclamaciones o alegaciones el acuerdo de aprobación inicial se elevará a definitivo.

"65.2.) Las ordenanzas se aprobarán por mayoría simple, por regla general. Solamente requerirá mayoría absoluta la aprobación y la modificación de las normas y las ordenanzas que formen parte de los planes y los instrumentos de ordenación urbanística, las ordenanzas fiscales y el reglamento orgánico de la corporación.

"65.3.) Las entidades locales remitirán a la Administración del Estado y a la de la Generalitat de Cataluña, en el plazo de quince días, el acuerdo de aprobación definitiva de la ordenanza y copia íntegra y fehaciente de la misma.

"66.1.) Las ordenanzas y los reglamentos locales se publicarán en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto en el mismo y haya transcurrido el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. Igualmente se publicarán en el boletín informativo local, cuando exista, se insertarán, en todo caso, en el tablón de anuncios de la corporación y se anunciará en el *Diari Oficial* de la Generalitat de Cataluña la referencia del *Boletín Oficial de la Provincia* en que se haya publicado íntegramente el texto.

"66.2.) Las entidades locales editarán el texto de sus ordenanzas, en la forma que les permita su capacidad económica. El consejo comarcal y las administraciones con competencia en la función de asistencia local prestarán ayuda técnica y económica para el cumplimiento de esta prescripción, cuando se justifique su necesidad.

"66.3.) Las ordenanzas y los reglamentos locales aprobados, junto con los respectivos acuerdos de aprobación, podrán ser consultados en cualquier momento por todos los ciudadanos, dentro del tiempo hábil dispuesto para la atención al público."

1.1.2.1. La competencia del presidente de la corporación local para la aprobación de reglamentos

La competencia del Pleno para la aprobación, modificación o derogación de las ordenanzas o del reglamento orgánico –con el carácter de competencia indelegable– se deriva de los artículos 22.2.d), 33.2.b), 47.3.a) y h) y 49 de la LRL, pero no aparece de una manera diáfana si los reglamentos internos tienen que ser aprobados por el Pleno o, en su caso, por el alcalde o el presidente de la corporación local.

El artículo 55 del TRRL, que no tiene carácter básico, prevé que en la esfera de su competencia, las entidades locales podrán aprobar ordenanzas y reglamentos, y los alcaldes dictar bandos, sin que en ningún caso se contengan preceptos opuestos a las leyes. A su vez, el artículo 56 del TRRL, que sí tiene carácter básico, dispone que la aprobación de las ordenanzas locales se ajustará al procedimiento establecido en el artículo 49 de la LRL, y que para la modificación de las ordenanzas y reglamentos deberán observarse los mismos trámites que para su aprobación.

Son los artículos 50.3 –para el ayuntamiento– y 70.4 del ROF –para la diputación provincial–, los que otorgan la competencia al Pleno para la aprobación no sólo del reglamento orgánico o de las ordenanzas, sino del resto de reglamentos. En concreto, si nos fijamos en uno de estos artículos, el 50.3 del ROF –que es similar al 70.4 del mismo ROF–, se dice que el Pleno tiene la siguiente atribución: “aprobar el reglamento orgánico, las ordenanzas y las demás disposiciones de carácter general que sean de la competencia municipal.”

Sobre este aspecto, Morell Ocaña²⁰ sostiene que corresponde la competencia al Pleno, salvo la discutible excepción, como dice, en lo que se refiere a los bandos del alcalde, por entender que es el Pleno quien es el titular de los poderes normativos.

Acerca de si es posible desde la óptica de nuestra legislación básica el reconocimiento de potestad reglamentaria al presidente de la corporación –al margen de la competencia para dictar los bandos ante situaciones de emergencia o excepcionales–, siempre que no se trate del reglamento orgánico o las ordenanzas, que ya hemos visto que aparecen como competencia del Pleno indelegable, podemos llegar a sostener con un cierto fundamento su viabilidad jurídica.

Efectivamente, cuando se ha querido distinguir entre el reglamento orgánico, las ordenanzas y “el resto de las disposiciones generales de las entidades locales”, se ha hecho así, y si los reglamentos locales –salvo el orgánico– no se atribuyen expresamente al Pleno por la legislación básica; ello podría significar en aplicación de la cláusula residual [artículos 21.1.s) y 34.1.ñ) de la LRL] la competencia del presidente de la corporación, pudiendo defenderse en consecuencia la ilegalidad de la previsión contenida en los citados artículos 50.3 y 70.4 del ROF.

Pensemos también que la diferencia entre ordenanzas y reglamentos no existe sólo en el plano doctrinal sino que el legislador ha querido voluntariamente establecer tal distinción. Así, el propio artículo 7.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales establece que las disposiciones generales de las corporaciones locales revestirán la forma de ordenanza o de reglamento.

En contra de este planteamiento se podría decir que el ROF ha venido a concretar el espíritu del legislador, ya que ha utilizado una técnica deficiente y emplea los términos ordenanza o reglamento sin excesiva precisión. Algo que puede apreciarse en el artículo 70.2 de la LRL, en el que se dispone la publicación de las ordenanzas en el *Boletín Oficial de la Provincia*, sin decir nada de los reglamentos, cuando sabemos que también requieren de publicación por tratarse de disposiciones gene-

rales, de normas que por aplicación del artículo 9.3 de la CE requieren la necesaria publicidad. Pero nos tememos que aquí ha seguido pesando la vieja legislación del régimen local anterior en la que no se requería la publicación ni de las ordenanzas ni de los reglamentos, sino que bastaba el mero anuncio del acuerdo de aprobación inserto en un diario oficial o, en algún supuesto, la publicación periódica de las ordenanzas que se encontrasen en vigor.

La realidad de las grandes corporaciones locales está demandando una solución en este sentido, siempre que tengamos presente que hablamos de los reglamentos internos o de los reguladores de los servicios locales, pero no de las ordenanzas ni del reglamento orgánico, ya que desde la óptica de la STC 233/1999, de 16 de diciembre, no sería factible, porque la pretensión, por ejemplo, de que el alcalde aprobase las ordenanzas de un precio público no cumpliría con los requisitos del principio democrático que subraya el Tribunal Constitucional en dicha sentencia como mecanismo habilitador y modulador de la reserva de ley en estos casos.

Lo cierto es, también, que de esta manera se está poniendo el dedo en la llaga de determinados movimientos como el propiciado por el fenómeno comarcalizador, que nace, como es el caso de Aragón, sin el arroje democrático directo y que, con esta doctrina constitucional, se cuestionan seriamente las posibilidades de actuación válida no ya del presidente de estas entidades sino las de los propios órganos colegiados supremos de las comarcas, dado que por su mecanismo electivo de segundo grado verán reducido su campo jurídico.

Retomando el problema de la posible competencia del presidente de la corporación local, para la aprobación de los reglamentos, podemos comprobar cómo se han dado algunas respuestas desde el legislador, como sucede con la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, por la que se aprueba la Carta Municipal de Barcelona, que supone una novedad en este aspecto, ya que atribuye al alcalde de dicha ciudad, aquí sí expresamente, la competencia [artículo 13.1.a)] para dirigir el gobierno y la administración municipales, impulsar e inspeccionar los servicios y las obras municipales, mediante las correspondientes “instrucciones generales” y singulares.

El título III de esta Carta Municipal de Barcelona se dedica a la potestad normativa municipal y, concretamente, en el artículo 26 se efectúa una clasificación de las “normas” dictadas por el Ayuntamiento de Barcelona, en la forma siguiente:

“1.) La potestad normativa municipal se ejerce en el marco y el desarrollo de la presente Carta.

20. MORELL OCAÑA, L. *Op. cit.*, p. 181.

"2.) Las normas dictadas por el Ayuntamiento de Barcelona adoptan las siguientes formas:

"a.) Reglamentos: Las disposiciones de carácter general aprobadas por el Consejo Municipal en ejercicio de la potestad de autoorganización municipal, cuyas manifestaciones principales son el reglamento orgánico municipal y los reglamentos internos de los distritos.

"b.) Ordenanzas: Las disposiciones de carácter general aprobadas, con finalidad de ordenación social, por el Consejo Municipal en ejercicio de la potestad normativa inherente a la autonomía municipal, de valor y eficacia reglamentarios. Se incluyen en las ordenanzas las normas contenidas en los planes urbanísticos y las de ordenación tributaria.

"c.) Decretos de la Comisión de Gobierno: Las disposiciones de carácter general aprobadas, en el ámbito de sus competencias, por la Comisión de Gobierno para la ordenación y el funcionamiento de la Administración, las obras y los servicios municipales, en ejercicio de la potestad de autoorganización municipal y en el marco del reglamento orgánico municipal y, si procede, de los reglamentos internos de los distritos, así como para la ordenación social, en desarrollo y cumplimiento de las ordenanzas.

"d.) Decretos de la Alcaldía: Las disposiciones de carácter general dictadas por el alcalde o alcaldesa en el ámbito de sus propias competencias, tanto de naturaleza organizativa como de ordenación social, en este último caso, en ejecución de los reglamentos y las ordenanzas aprobados por el Consejo Municipal. Cuando proceda, tienen la forma de instrucciones del alcalde o alcaldesa.

"e.) Bandos: Las disposiciones de carácter general dictadas por el alcalde o alcaldesa en situaciones excepcionales o de necesidad urgente, así como en ocasión de circunstancias o acontecimientos de especial significación o relevancia, de las que debe dar cuenta al Plenario del Consejo Municipal en la primera sesión que celebre."

Asimismo, el artículo 27 regula la iniciativa para la aprobación de los reglamentos y las ordenanzas municipales, remitiéndose al reglamento orgánico, y aclara que para la aprobación de las ordenanzas fiscales y los precios públicos, así como para la aprobación del propio reglamento orgánico, dicha iniciativa corresponde exclusivamente al alcalde, a la Comisión de Gobierno y a los concejales. A su vez, el artículo 28 especifica que para ejercer la iniciativa ciudadana, proponiendo al ayuntamiento la aprobación de una disposición municipal de carácter general se requiere un número mínimo de 1% de los empadronados mayores de dieciséis años, o que represente más del 3% de esta población en tres distritos, como mínimo, de la ciudad.

La duda sobre la competencia del presidente en materia reglamentaria también se manifiesta en la zona de confluencia entre el acto administrativo y las instrucciones que se dictan por el órgano unipersonal en ejercicio de su potestad jerárquica y de organización interna. A este respecto, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 14 de noviembre de 2001 (*El Derecho*, 66959/2001), que ya hemos criticado anteriormente, por emplear con un criterio laxo el concepto de norma, se declara lo siguiente:

"Mantiene la parte recurrente que la materia que disciplina, en atención a su carácter, ha de ser normada por disposición reglamentaria, por tanto disposición normativa escrita que innova el ordenamiento jurídico y pasa a formar parte de él; caracterizándose por: las notas de abstracción, generalidad y vocación de permanencia, en tanto que llamada a regular una situación que afecta a una pluralidad de personas, de modo uniforme y con intención de constituir una regulación estable y prolongada en el tiempo; estas notas, consustanciales al concepto, son indisponibles como medio de diferenciación de los actos administrativos singulares, plurales y de las circulares y las instrucciones, y desde luego no concurren en el supuesto que nos ocupa, toda vez que a través del decreto impugnado se pretende dirigir la actividad de los órganos y los funcionarios que están subordinados al alcalde, como presidente de la corporación que ejerce la jefatura de todo el personal a su servicio y que no es más que expresión de la jerarquía orgánica existente. Con esto, queremos decir que no estamos ante una disposición reglamentaria sino ante una instrucción, cuyo fundamento no es desde luego la potestad reglamentaria sino la de autoorganización y el poder jerárquico, siendo su exclusivo objeto las cuestiones domésticas de la organización administrativa relacionada con la actividad del único agente-notificador, y en cuanto tal es desde luego una norma, pero no un reglamento en sentido estricto; pues carece de alguno de sus rasgos característicos como la publicación, siendo más bien una norma interna con pretensión de ordenar la actividad del recurrente."

Existe un caso singular en el que está prevista la aprobación de un reglamento interno por el presidente de la corporación, como sucede con el Plan de disposición de fondos de la tesorería, que se puede entender en un principio como ejercicio de la reglamentaria alterada, cuestión analizada con detalle por Pérez Luque,²¹ y que aparece recogida en el artículo 168 de la LHL, cuando establece:

"La expedición de las órdenes de pago habrá de acomodarse al Plan de disposición de fondos de la tesore-

21. PÉREZ LUQUE, A. *Op. cit.*, n.º 19, 2002, p. 3159.

ría que se establezca por el presidente, quien, en todo caso, deberá recoger la prioridad de los gastos de personal y de las obligaciones contraídas en ejercicios anteriores.”

Este precepto tiene su antecedente en el artículo 77 de la Ley general presupuestaria, y en él se atribuye la competencia para su aprobación en el ámbito estatal al Gobierno a propuesta del ministro de Economía y Hacienda, y conecta con la atribución de potestad reglamentaria que también se efectúa a favor de los ministros en el artículo 4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y en el artículo 12 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

Pérez Luque²² sostiene que la atribución de potestad reglamentaria al presidente de la corporación no se compadece con las previsiones de la LRL:

“El hecho jurídico real es éste: el presidente de la corporación puede hacer un reglamento, que no casa bien con la declaración de la Ley básica general, Ley 7/1985, la LRBRL, que establece como realidad y cuestión general que sólo el Pleno de la corporación puede aprobar los reglamentos.”

Lo cierto es que, frente al criterio de este autor, resulta controvertido, como mínimo, que el presidente de la corporación haya sido desapoderado de la potestad reglamentaria en el marco de la actual legislación básica española de régimen local, ya que por el contrario es plenamente defendible, insistimos, que la competencia residual le atribuye a este órgano unipersonal, precisamente, la posibilidad de aprobar los reglamentos locales –no el reglamento orgánico ni las ordenanzas–, y como dice Farré Tous:²³

“El alcalde, como órgano municipal con unas competencias propias atribuidas por la ley debe disponer de los instrumentos necesarios para ejercerlas, sin que ello deba suponer ningún detrimento de las competencias que corresponden al pleno, ni de la legitimidad democrática de las decisiones adoptadas. Excluir esta posibilidad más bien parece fruto de una actitud de desconfianza hacia el alcalde, más propia de otras épocas que no de la actual.”

1.1.2.2. La impugnación de las ordenanzas y los reglamentos locales

Como dispone el artículo 107.3 de la LPC, contra las disposiciones reglamentarias no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo ser recurridas en sede jurisdiccional –el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, según dispone el artículo 10.1.b) de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-

administrativa, cuando se trate de impugnación directa y el juzgado de lo contencioso si se trata de una impugnación indirecta y sea éste el órgano jurisdiccional competente para conocer de los actos aplicativos de la ordenanza, salvo que corresponda su enjuiciamiento al Tribunal Superior de Justicia, como se desprende del artículo 8 en relación con el artículo 10 de la repetida ley jurisdiccional.

Están legitimados para la impugnación de las disposiciones generales de las entidades locales los miembros de la corporación que hubieran votado en contra del acuerdo de aprobación de la norma reglamentaria, y la Administración del Estado y la de la comunidad autónoma correspondiente, así como por los interesados.

Sobre la legitimación para recurrir los reglamentos locales, Lliset Borrell²⁴ indica:

“Las administraciones estatal y autonómica deberán canalizar su impugnación por el artículo 65 de la LBRL mediante el oportuno requerimiento de anulación [...]. Sólo los miembros de la corporación que hubieran votado en contra y hubieran expuesto los motivos de su discrepancia –este segundo requisito exigido en algún caso por la jurisprudencia– podrán impugnar los reglamentos y los demás actos adoptados por el Pleno; aunque esta restricción en la legitimación no se aplicará, lógicamente, cuando se trate de bandos del alcalde, ya que en este caso es imposible que opere el principio de los actos propios [artículo 63.1.b) de la LBRL y artículo 20.a) de la Ley jurisdiccional]. El plazo para la interposición del recurso empezará a contarse desde el día de la votación, sin tener en cuenta que el contenido del acta no se suele conocer hasta pasados algunos días.”

Según el artículo 46.1 de la citada Ley jurisdiccional, el recurso contencioso-administrativo es susceptible de impugnación directa, y el artículo 26 de esta misma ley contempla la llamada impugnación indirecta, es decir, la de los actos que se produzcan en aplicación de las disposiciones de carácter general, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento precisamente en que tales disposiciones no son conformes a derecho.

Los motivos de impugnación de una norma reglamentaria local pueden basarse en vicios de orden procedimental –de ahí la importancia de cumplir adecuadamente los trámites a que antes hemos hecho alusión– y en vicios de orden material, por infracción de disposiciones legales, entendidas en sentido amplio, ley en el concepto formal, y también los reglamentos, siempre

22. *Op. cit.*, p. 3159

23. FARRÉ TOUS, S. “Los bandos del alcalde”, en REALA 273, p. 125.

24. LLISSET BORRELL, *Manual...*, p. 177.

que en este caso no se trate de meros reglamentos estatales o autonómicos que se han venido en llamar independientes, sino de los que se pueden encuadrar en la categoría de reglamentos ejecutivos.

Por otro lado, según el artículo 86.3 y 4 de la Ley jurisdiccional, las sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo de los diferentes tribunales superiores de justicia que declaren nula o conforme a derecho una disposición de carácter general pueden ser recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, aunque sólo serán recurribles si el recurso pretender fundarse en infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora en la *ratio decidendi*.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 25 de octubre de 2000 (*El Derecho*, 41982/2000), declara lo siguiente:

"1.º) Debe la sala examinar, en primer término, como lo plantea el ministerio fiscal, la naturaleza y el objeto de este recurso de casación en interés de la ley, regulado en el artículo 100 de la Ley de la jurisdicción de 13 de julio de 1998.

"En este sentido, como reconocen entre otras, las sentencias de 21 de junio y 10 de julio de 1999, el recurso en interés de la ley tiene un carácter excepcional y subsidiario; precisándose que el recurso ha de tener por objeto el enjuiciamiento de la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido.

En el caso presente, la norma determinante, en virtud de la cual el Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 1 de Madrid estimó el recurso interpuesto en nombre del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, es el Reglamento del Mercado Central de Frutas y Verduras del Ayuntamiento de Madrid, dictado en el ejercicio de la potestad reglamentaria que, con carácter general, atribuyen a las corporaciones locales los artículos 4 y 84.a) de la Ley 7/85 de bases del régimen local.

"2.º) Desde esta perspectiva, las normas invocadas por la corporación recurrente, si bien de origen estatal, no tienen el carácter, como exige el artículo 100.2 de la ley, de normas determinantes del fallo recurrido.

"La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, al margen de este recurso excepcional y subsidiario arbitra otra serie de alternativas de control para enjuiciar, en los términos del artículo 106.1 de la Constitución, la legalidad y el sometimiento a las garantías constitucionales de las ordenanzas y reglamentos emanados de las entidades locales.

"Así, como ya invoca la propia administración recurrente, el juzgado de lo contencioso n.º 1 de los de Madrid, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley de la jurisdicción, ha planteado la oportuna cuestión de ilegalidad ante la sala de lo contencioso-

administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, competente para conocer del recurso directo contra las disposiciones generales emanadas de las entidades locales, como determina el artículo 10.1.b) de la Ley de la jurisdicción.

"A esta garantía de control sobre la legalidad de las disposiciones generales, ordenanzas y reglamentos de las entidades locales, debe añadirse la previsión contenida en el artículo 81.2. d) de la Ley de la jurisdicción, según la cual, se admitirá en todo caso el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo, cuando resuelvan impugnaciones indirectas contra disposiciones generales, con independencia de la cuantía, alternativa que ha podido utilizar la recurrente.

"Ello implica, a juicio de la sala, que el control de la legalidad de las disposiciones generales emanadas de los entes locales se encuentra debidamente garantizado con la cuestión de ilegalidad y el recurso de apelación, en su caso, ambos residenciables ante las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia.

"3.º) De acuerdo con lo razonado, al no estar previsto el recurso en interés de la ley, regulado en el artículo 100 de la Ley de la jurisdicción para revisar la conformidad con el ordenamiento jurídico de las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo que se funden de manera directa e inmediata en normas emanadas de las entidades locales, cuando éstas hayan sido determinantes del fallo recurrido, procede, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.2.a) y 95. 1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, declarar la inadmisibilidad del recurso. No siendo oportuno, en tal supuesto, examinar las demás alegaciones deducidas en el presente recurso."

A propósito de la impugnación por las comunidades autónomas de las ordenanzas y reglamentos locales, la STS de 13 de marzo de 1999 (*El Derecho*, 9724/1999), reconoce que la competencia para ello del ente autonómico se deriva no de la competencia exclusiva sobre régimen local que pueda tener asumida estatutariamente, sino porque a las comunidades autónomas en general les corresponden competencias de desarrollo legislativo en dicha materia, no existiendo degradación de la autonomía municipal por someter el acto de la corporación local a revisión jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo ya señalado, el artículo 102.2 de la LPC se ocupa también de la revisión de las disposiciones nulas, disponiendo:

"Asimismo, en cualquier momento, las administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2."

La tramitación de este procedimiento se rige por lo dispuesto en el citado precepto y la declaración de nulidad²⁵ implicará efectos *ex tunc*, porque se considera que los vicios de un reglamento suponen una infracción grave a nuestro ordenamiento, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma (artículo 102.4 *in fine* de la LPC).

1.1.3. La potestad reglamentaria de las entidades locales y su ámbito de aplicación

El ámbito y la extensión de la potestad reglamentaria de las entidades locales varía en función del carácter del reglamento, ya que si bien hay una clara prohibición de los reglamentos *contra legem* que únicamente podrían admitirse con el carácter excepcional de reglamentos de necesidad –ya que este tipo de reglamento vendría a suponer una vulneración del principio constitucional de jerarquía normativa–, sin embargo hay una zona difusa en lo que se refiere a dicho ámbito y a la extensión de los reglamentos *praeter legem*, es decir, aquéllos que no cuentan con una precisa habilitación legal. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1985 (Aranzadi 1668/1985), se reconoce este tipo de reglamentos y se declara la viabilidad jurídica de esta modalidad reglamentaria, con los matices que se transcriben más adelante:

“[...] puede actuarse por las corporaciones bajo la modalidad del reglamento administrativo o independiente cuando de normas *ad intra*, esto es, en el ámbito interno, –los aspectos organizativos propiamente tales y aun los que derivativamente cabe incluir en este sector, como son las denominadas relaciones de supremacía o de sujeción especial–, se trate, pues que en estas relaciones, que pueden caracterizarse como de funcionamiento o instrumentales; es donde cabe reconocer a la Administración una libertad de disposición normativa que se traduce en la producción de reglamentos organizativos o *praeter legem* sin necesidad de una previa habilitación o de una cobertura legal distinta de la primaria atribución por ley de la potestad reglamentaria, ante lo cual [...] ninguna objeción debe oponerse en principio a la elaboración y la aprobación de la disposición impugnada desde la perspectiva de la legitimación de la corporación para ello en el plano de la atribución y la actuación de la potestad reglamentaria *ínsita* en la autonomía constitucionalmente otorgada a los entes territoriales de la Administración local.”

25. Según proclama el artículo 1.2 del Código civil carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior. A su vez, el artículo 62.2 de la LPC dispone que serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley y las que establezcan la retroactividad de disposicio-

Si es cierto que la ley, sea ésta del Estado o autonómica, se sitúa en un nivel jerárquico superior al reglamento, lo que implica que su rango la hace indisponible por las ordenanzas y reglamentos locales, cuestión que no plantea dudas, ya que así se desprende²⁶ de los artículos 9.3 y 103.1 de la CE, del artículo 4.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local, de los artículos 6.1 y 7.1 de la LRL, o del artículo 11.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, entre otros, más complicado resulta, sin embargo, determinar la relación entre los reglamentos estatales o autonómicos y las ordenanzas y los reglamentos locales.

Sobre esta cuestión, de nuevo tenemos que distinguir entre los reglamentos ejecutivos y los independientes, ya que en el primer caso al tratarse sus determinaciones de un complemento de la propia ley –en tanto que tal complemento de la ley formal– no pueden ser desconocidas por el reglamento local sobre el que tienen por tanto una posición de jerarquía. Sin embargo, no se produce la misma situación respecto de los reglamentos independientes que puedan dictar el Estado o las comunidades autónomas; ya que en este caso la pretensión de considerar subordinados a los productos normativos locales respecto de aquéllos vendría a chocar frontalmente con la autonomía local institucionalmente garantizada.

Sobre ello, en la citada sentencia del Tribunal Supremo, tras el inicial reconocimiento de la cobertura jurídica en el ordenamiento local de un ámbito para los llamados reglamentos *praeter legem*, el alto tribunal efectúa una matización importante, diciendo a continuación que ello no exime de:

“[...] la imperativa observancia de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico para la validez de los reglamentos, entre ellos, y por lo que aquí interesa, tanto el concerniente a la competencia *ratione materiae* de la corporación como el relativo a la presencia, en su caso, de derechos y libertades de la persona que puedan resultar afectadas por la regulación contenida en la disposición normativa impugnada [...]. De donde se sigue lógicamente la imposibilidad jurídica de que por vía reglamentaria se agraven las cargas o las obligaciones impuestas por la ley o se limiten los derechos, las facultades y las posibilidades de actuación contenidas en la norma legal, lo que, trasladado al caso presente, conduce a afirmar que el municipio demandado podía regular válidamente mediante disposición reglamentaria aspectos estrictamente indispensables para la efecti-

nes sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

26. El artículo 139.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, dispone que las ordenanzas y los reglamentos de las entidades locales se integran en el ordenamiento jurídico con sujeción a los principios de jerarquía normativa y de competencia.

vidad de las prescripciones legales sobre las materias citadas y para la explicitación, la aclaración y la puesta en práctica de los preceptos legales, mas no extralimitar el propio ámbito y el contenido de la ley extendiendo la reglamentación a otros particulares o otros extremos ajenos a la ordenación legal [...] que idéntica estimación merecen aquellos particulares del reglamento impugnado en los cuales el municipio, en franca contradicción con el principio de reserva de ley y de la legalidad, crea nuevas figuras de infracción administrativa sancionables, como es la no presentación de la declaración, o altera las prescripciones legales de exigible aplicación, como la calificación y la graduación jurídicas de la no abstención y de la revelación de secretos, cuyos extremos, y puesto que los supuestos a que se refieren tienen ya un específico y determinado tratamiento jurídico en normas del ordenamiento de superior rango, deberán ajustarse estrictamente a dicha regulación prevalente sin modificación alguna sustantiva al respecto.”

El artículo 55 del TRRL, precepto legal que no tiene carácter básico, nos da alguna pista sobre este particular, cuando, tras reconocer la competencia de las entidades locales, en la esfera de su competencia, para aprobar ordenanzas y reglamentos, o de los alcaldes para dictar bandos, añade que “[...] en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes”, con lo que ha desaparecido la mención que se hacía en el artículo 108 de la anterior ley de régimen local, no sólo a las leyes sino también a las disposiciones generales, evidenciando con ello que los reglamentos estatales o autonómicos no podrán desplegar limitaciones para la potestad reglamentaria local si no es porque están desarrollando a su vez una ley.

Son variados los campos de intervención de las entidades locales, bajo la cobertura reglamentaria, que pueden desplegar en uso de su potestad organizativa; como sucede con la materia de personal, según se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2001 (*El Derecho*, 65646/2001):

“Corresponde a la potestad organizativa de la Administración determinar los puestos de trabajo que deben servirse por un jefe de servicio o de sección, así como el nivel de complemento de destino y el complemento específico correspondiente a cada uno de ellos, como competencia del Pleno del ayuntamiento que al establecer la relación de puestos de trabajo o su modificación, organiza y estructura sus servicios de la forma que estima más adecuada para satisfacer las necesidades públicas y el interés general, encomendando determinadas funciones a los funcionarios que estima más capacitados para ello, en atención a la mayor o menor

dificultad, a la complejidad, los conocimientos, la responsabilidad, etc.; fijando a cada puesto de trabajo el nivel de complemento de destino correspondiente dentro del grupo o la escala a la que pertenece, en atención a la mayor o menor responsabilidad, así como el complemento específico; configurado como una retribución complementaria destinada a retribuir las especiales particularidades de cada puesto de trabajo en atención a su dificultad, dedicación, penosidad, peligrosidad, etc., que afecta a cada puesto de trabajo y no a las tareas asignadas a cada grupo o cada cuerpo de funcionarios; quedando reducida la potestad jurisdiccional a determinar si se incide en desigualdad o arbitrariedad, pues no todos los puestos de trabajo igual o similar naturaleza les corresponde idéntico complemento específico.”

Al mismo tiempo, los reglamentos locales pueden desarrollar las previsiones contenidas en los reglamentos estatales o autonómicos, como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de noviembre de 2001 (*El Derecho*, 646592/001):

“Nuevamente se trae a conocimiento de la sala recurso de casación –que se desestima– contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en la que se declaraba conforme a derecho una sanción de multa impuesta por un ayuntamiento por infracción de las ordenanzas que controlan el servicio de estacionamiento y regulan el percibo de los precios públicos por estacionamiento de vehículos en las vías públicas municipales. La única razón que permite a la sala pronunciarse una vez más sobre semejante extremo, no es otra que la simultánea impugnación de la validez de dichas ordenanzas –artículos 39 y 93,3 de la Ley de 27 de diciembre de 1956–. Se confirma la potestad de los ayuntamientos de desarrollar el Reglamento general de circulación siempre que se respeten los principios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia, admitiendo la validez de las ordenanzas sobre estacionamiento de vehículos al autorizar la retirada de los mismos y la exigencia de la tasa por aparcamiento.”

1.1.3.1. Los avances de las fuentes autónomas: STC 233/1999, de 16 de diciembre; STC 106/2000, de 4 de mayo, y STC 132/2001, de 8 de junio

En el ámbito doctrinal, son numerosas las voces que se alzan ante la situación a la que se ha llevado de nuevo a las fuentes autónomas de las entidades locales tras la Constitución española de 1978, que se encuentran con una renovada subordinación, ahora también frente al legislador autonómico y, como dice Sánchez Goyanes:²⁷ “[...] la pretensión teórica de reconstruir las relaciones entre el ordenamiento local y el estatal y el autonómico

27. SÁNCHEZ GOYANES, E. “La potestad normativa del municipio español”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, p. 81, 2000.

sobre la base del principio de competencia se ve, pues, saldado con un estrepitoso fracaso, al menos desde la perspectiva de su recepción por la doctrina del Tribunal Supremo (y, obviamente, por la del Tribunal Constitucional) y por la práctica del legislador sectorial”.

A este respecto, Lliset Borrell²⁸ sostiene no obstante que: “[...] el replanteamiento del principio de la autonomía local en su aspecto material, sobre la base de la existencia inequívoca de intereses locales y la flexibilización del principio de reserva de ley [...] permite augurar una mejor fortuna para las instancias locales.”

Coincidimos plenamente con este autor, máxime teniendo en cuenta los principios inspiradores de la Carta Europea de la Autonomía Local, que dispone en el artículo 4.3 y 4 de una manera diáfana que el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos y que las competencias encomendadas a las entidades locales deben ser normalmente plenas y completas. Algo que se compadece mal con el instituto de las competencias dinámicas que prevé la LRL.

En este estado de cosas, una reciente corriente doctrinal del Tribunal Constitucional está poniendo de manifiesto una cierta renovación conceptual de la propia autonomía local y, en concreto, de los límites de la potestad reglamentaria de las entidades locales. Nos estamos refiriendo a las STC 233/1999, de 16 de diciembre, y 132/2001, de 8 de junio.

En particular, la STC 233/1999, trae causa de tres recursos de inconstitucionalidad, que perseguían la aplicación a la LHL de los pronunciamientos de la STC 185/1995, de 14 de diciembre, por la que se declararon inconstitucionales algunos aspectos de la Ley de tasas y precios públicos, al remitirse al Gobierno para la concreción de su regulación y su desarrollo mediante reglamento.

Lo cierto es que en esta sentencia –la STC 106/2000, de 4 de mayo, vuelve a confirmar plenamente esta doctrina, en este caso referida exclusivamente a los precios públicos–, el Tribunal Constitucional no aprecia la similitud que pretendían los recurrentes, respecto de la remisión de la LHL en materia de tasas y precios públicos, y en cambio liga la reserva de ley del artículo 31.3 de la CE a las condiciones propias del sistema de autonomías territoriales y de su garantía institucional, observando diferencias sustanciales entre el ámbito reglamentario del Gobierno y el de las corporaciones locales, y así declara en el FJ 10, sobre la base del carácter democrático del Pleno de la corporación y de que la garantía institucional de la autonomía local impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia como sucede

con los tributos locales, donde está claramente presente el interés local:

“De lo expuesto cabe concluir que, en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la corporación municipal, es preciso que la ley estatal atribuya a los acuerdos dictados por éste (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del municipio, entre los cuales se encuentran las tasas. Es evidente, sin embargo, que este ámbito de libre decisión a los entes locales –desde luego, mayor que el que pudiera relegarse a la normativa reglamentaria estatal–, no está exento de límites. [...] Como hemos dicho, los diputados recurrentes denuncian la vulneración de la reserva de ley tributaria porque la LHL no tipifica los servicios o las actividades por las que los entes locales pueden exigir las tasas, o lo que es igual, no delimita el hecho imponible del tributo, permitiendo, de este modo, que cada municipio decida libremente por qué concreto servicio o actividad, con la sola excepción de los excluidos expresamente en el artículo 21 de la LHL, pueden exigir tasas. Estaríamos pues, a su juicio, en el ámbito de las tasas locales, ante esa abdicación de toda regulación directa, ese apoderamiento sin predeterminación alguna, esa, en fin, mera habilitación a las corporaciones locales que prohíben los artículos 31.3 y 133 de la CE.

“El análisis del precepto cuestionado, sin embargo, no avala en absoluto las conclusiones alcanzadas por los recurrentes. De la mera lectura del mismo, en efecto, se desprende claramente que la LHL delimita el hecho imponible de las tasas en términos suficientemente precisos como para circunscribir la decisión de los municipios en la medida que exige la reserva de ley estatal constitucionalmente impuesta. En primer lugar, el apartado 1 del artículo 20 de la LHL especifica los requisitos que han de cumplir en todo caso los servicios públicos y las actividades administrativas cuya prestación o realización constituyen el hecho imponible de la tasa; en particular deben ser de solicitud o recepción obligatoria y no susceptibles de ser prestados o realizados por el sector privado. Ese mismo apartado, en segundo lugar, reclama asimismo que dichos servicios o dichas actividades sean ‘de competencia local’; atribuciones que, al estar precisadas en normas con rango de ley –concretamente en los artículos 25 a 28, 36 a 38 y 84 a 87 de la LBRL, así como en las respectivas leyes autonómicas de régimen local–, circunscriben aun más el hecho imponible del tributo. En tercer lugar, el mismo artículo 20.1 de la LHL puntualiza que sólo puede exigirse la tasa por un servicio o una actividad ‘que se refiera, afecte o benefi-

28. LLISSET BORRELL, F. *Op. cit.*, p. 158.

cie de modo particular al sujeto pasivo'; lo que sucede, según aclara el apartado 2 del precepto, 'cuando haya sido motivado directa o indirectamente por el mismo en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras'. En último lugar, en fin, el artículo 21 de la LHL hace una acotación negativa del hecho imponible del tributo al enumerar los servicios públicos por los que las entidades locales en ningún caso podrán exigir tasas.

"No es posible, en definitiva, detectar una renuncia plena del legislador a todo encuadramiento normativo de las tasas, un pleno desapoderamiento de éste en favor de los entes locales para la determinación de un elemento esencial del tributo (el hecho imponible), sino que, por el contrario, la LHL, respetando la autonomía local, garantiza al mismo tiempo la uniformidad esencial de trato que reclama el principio de reserva de ley al establecer en su artículo 20 una definición abstracta, aunque suficientemente perfilada, cerrada, de las tasas. La solicitud de los recurrentes, pues, no puede ser acogida."

La doctrina científica ya se ha hecho eco de la importancia de esta doctrina constitucional, inserta en el debate de la Administración local configurada como auténtica organización política –frente a su concepción de mera organización política– cuyo carácter democrático y autónomo debe suponer una reconceptualización profunda del ámbito reglamentario de las corporaciones locales. Destacamos especialmente a Ortega Álvarez,²⁹ que indica:

"La STC 233/1999, de 16 de diciembre, ha venido a dar un primer paso importante en el reconocimiento de las peculiaridades de las ordenanzas locales respecto de los reglamentos gubernamentales –estatales y autonómicos– en relación con el mayor espacio de decisión con que cuentan en el desarrollo de una ley o, lo que es lo mismo, que el principio de reserva de ley no juega de igual modo en las relaciones ley-ordenanza / ley-reglamento."

Este mismo autor³⁰ llega a dar una amplia definición de ordenanza, que tiene en cuenta esta nueva óptica de la autonomía local y de la potestad reglamentaria –enmarcada en las corrientes alemana e italiana en este terreno–, en los siguientes términos:

"[...] la norma secundaria emanada de un órgano directamente representativo de su colectividad política, aprobada a través de un procedimiento democrático

que incluye la crítica política y la publicidad de los debates, que expresa la soberanía constituida desde el bloque de la constitucionalidad por el poder local, que es apta para incorporar fines políticos propios en expresión del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido a una instancia ordinamental en reflejo de un determinado proceso de descentralización político-territorial."

Otra reciente sentencia del Tribunal Constitucional ha vuelto a incidir en el problema de la reserva de ley y el ámbito de los reglamentos locales, en este caso relacionado con la materia sancionadora. Nos referimos a la STC 132/2001, de 8 de junio, que se apoya en la doctrina contenida en la citada STC 233/1999, de 16 de diciembre, recaída en un recurso de amparo frente a la sanción de suspensión de una licencia de auto-taxi impuesta por el Ayuntamiento de Madrid, con base en la ordenanza municipal reguladora correspondiente.

El Tribunal Constitucional otorga en cambio el amparo, declarando que se ha vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora –que considera sustancialmente diferente a la legalidad tributaria–, ante la falta de cobertura en la ley, disintiendo el magistrado Garrido Falla, al que se adhiere Jiménez de Parga. Veamos los argumentos, FJ 5 a 10, del intérprete supremo de la Constitución:

"Es claro que, con una u otra formulación, nuestra jurisprudencia viene identificando en el artículo 25.1 de la CE una exigencia de tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones; correspondiendo al reglamento, en su caso, el desarrollo y la precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley. Ahora bien, según señalamos más arriba, esta doctrina está enunciada para definir la relación entre las leyes y los reglamentos; por lo que necesita de ulteriores precisiones cuando se trata de definir la colaboración normativa de las ordenanzas municipales.

"Ahora bien, ese criterio de flexibilidad –se refiere a la doctrina contenida en la STC 233/1999, de 16 de diciembre– no puede ser proyectado sin más sobre el artículo 25.1 de la CE. En primer lugar, por la diferencia intrínseca entre la reserva de ley tributaria (artículos 31.3 y 133 de la CE) y la sancionadora (artículo 25.1), que nos ha llevado a afirmar en la STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 9, que la reserva de ley sancionadora del artículo 25.1 de la CE es más estricta que la del artículo 133.1 de la CE; ello se debe a que, mientras la reserva de ley tributaria sirve al fin de la autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios así como a la preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica posición de

29. ORTEGA ÁLVAREZ, L. "La potestad normativa local". *Op. cit.*, p. 39. También puede verse a BLASCO, J. L. *Ordenanza municipal y ley*. Marcial Pons, Madrid, 2001. Y a GALÁN GALÁN, A. *La potestad normativa autónoma local*. Atelier, Barcelona, 2001.

30. *Op. cit.*, p. 48.

igualdad de los contribuyentes (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 233/1999, FJ 10.c), la reserva de ley sancionadora garantiza la posición jurídica de cada ciudadano en relación con el poder punitivo del Estado. Y en segundo lugar, porque la doctrina sentada en la STC 233/1999 se forma en relación con dos tributos locales (tasas y precios públicos), donde se identifica un elemento sinalagmático muy relevante para la concepción flexible de la reserva de ley.

"6.º) En forma similar a como acabamos de recordar en relación con la reserva de ley tributaria, también la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los municipios –conforme a la exigencia del artículo 25. 2 de la LBRL– no contiene en sí la autorización para que cada municipio tipifique, por completo y según su propio criterio, las infracciones y las sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por ordenanza municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador. Del artículo 25.1 de la CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de ordenanza municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del artículo 25.1 de la CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede predeterminar en

función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica."

A propósito de esta sentencia, Font i Llovet³¹ afirma que:

"En efecto, el Tribunal Constitucional, que ni siquiera cita la Ley 30/1992, da por sobreentendido que las ordenanzas municipales no son 'reglamentos de desarrollo de la ley'; lo que confirma la percepción de las mismas como fruto de una potestad normativa autónoma defendida por la doctrina y cada vez más aceptada con carácter general. Y lo que se aplica a la fijación de los tipos infractores se proyecta en términos similares para la determinación de las sanciones; debiendo la ley contener una simple relación de las posibles sanciones que las ordenanzas municipales pueden utilizar en función de la gravedad de las infracciones que ellas mismas hayan tipificado, sin necesidad de que la ley establezca qué clase específica de sanciones corresponderá a cada grupo de ilícitos [...]. Es decir, se pone bien de manifiesto la fuerza transformadora del concepto de autonomía local 'en funcionamiento', cuando entra en relación con las instituciones jurídicas más arriesgadas –la reserva de ley, en el caso– incluso, y quiero subrayarlo, cuando entra en contacto con derechos fundamentales constitucionales [...]."

Este mismo autor³² comenta las dificultades de orden práctico que se producirán en la realidad a la hora de poner en práctica esta doctrina del Tribunal Constitucional y añade:

"La ley deberá, por un lado, tipificar detalladamente las infracciones y las sanciones que corresponda aplicar a la Administración autonómica, la cual podrá desarrollar reglamentariamente aquella tipificación únicamente en los términos del artículo 129.3 de la Ley 30/1992; por otro, deberá establecer unos criterios mínimos de antijuridicidad y una simple relación de posibles sanciones para los casos de competencia municipal, donde deberán dejar espacio para que intervengan las ordenanzas municipales".

En esta misma línea, Parejo Alfonso,³³ al analizar la posición del municipio en el Estado como sistema policéntrico de toma de decisiones, comenta esta corriente jurisprudencial del Tribunal Constitucional, señalando:

"Por ello mismo, en el sistema constitucional español (en el que las ordenanzas municipales tienen rango puramente reglamentario) el Tribunal Constitucional ha debido ir decantando una doctrina conforme a la cual, cuando la autonomía local está en juego, la reserva constitucional de ley formal debe ser objeto de una interpretación flexible y en sentido favorable a la inter-

31. FONT I LLOVET, T. "La renovación del poder local: Avances en la configuración jurídica e institucional del gobierno local", *Anuario del gobierno local. Configuración jurídica de la autonomía local. Municipio y transformaciones sociales. Urbanismo e inmigración*, p. 27. Marcial Pons, Madrid, 2001.

32. *Op. cit.*, pp. 27-28.

33. PAREJO ALFONSO, L. "El municipio y su autonomía", en REAL 288, p.149.

vinción de la norma local. La razón de que ello pueda ser estriba en la analogía que puede y debe establecerse, desde el punto de vista del principio democrático, entre el Parlamento y la asamblea municipal; toda vez que las decisiones de ambos son reductibles, dada la directa representatividad del pueblo que se cumple en ellas, al fenómeno de la autodisposición de la colectividad sobre sí misma. La flexibilización antes apuntada consiste, pues, en entender que la ordenanza local es capaz de cumplir en buena medida los requerimientos constitucionales a que obedece la reserva de ley.”

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional ha dado un aldabonazo importante en el reconocimiento del poder normativo de las entidades locales, y especialmente del municipio, desde su naturaleza esencialmente democrática y su garantía institucional, que contribuye a destacar su singularidad y su papel en nuestra sociedad, alterando la tradicional valoración secundaria que se otorgaba a las ordenanzas y los reglamentos locales, y ensanchando, de alguna manera, el campo de válida actuación municipal. En este sentido, a propósito de las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación Sibina Tomàs³⁴ señala:

“El principio de reserva la ley lo opera de forma más mitigada respecto de las ordenanzas locales aprobadas por los plenos de los ayuntamientos –a los que por mandato constitucional corresponde el gobierno y la administración del municipio, y la propia Constitución les garantiza su autonomía (artículo 140 de la CE)– que sobre el resto de normas reglamentarias, máxime cuando no se está interviniendo la actividad de los ciudadanos en general sino efectuando una ordenación sectorial, en el ámbito de las competencias municipales, de una actividad calificada como servicios de interés general prestados en régimen de competencia. En estos casos, en el ámbito de las competencias municipales, los operadores de telecomunicación se encuentran respecto del ayuntamiento en una relación de sujeción especial similar a la que ostentan respecto del Estado en el ámbito de sus competencias.”

Se abren, como vemos, nuevas perspectivas y nuevos aspectos a abordar, que resultan ciertamente interesantes, como apunta Galán Galán;³⁵ es decir, la modulación

del principio de la reserva de ley cuando la disposición de contraste es una norma local –especialmente la de ámbito municipal–; la interpretación del principio de legalidad no desde el punto de vista de la llamada vinculación positiva, sino de la vinculación negativa, la ruptura del modelo teórico de relaciones entre la ley y el reglamento cuando dicho reglamento tiene su origen en el municipio [...], y todo ello inserto en el derecho público, con incidencia especial en la teoría general de las fuentes del derecho e incluso en las bases mismas de los derechos fundamentales.

2. La costumbre como fuente en el Derecho local

Como se dijo anteriormente, en el orden de fuentes contemplado en el artículo 1 del Código civil la costumbre aparece, junto con la ley y los principios generales del Derecho,³⁶ como una de dichas fuentes del ordenamiento jurídico español, con la matización que este mismo precepto recoge en el párrafo 3, en el sentido de que la costumbre³⁷ sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada, y teniendo en cuenta que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre. Asimismo, los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico

La realidad del Derecho administrativo, su carácter contingente enmarcado en la llamada incontinencia normativa, hace que la costumbre haya quedado desplazada a un lugar ciertamente secundario que, sin embargo, en el Derecho local presenta algunas características singulares.

Atrás queda pues la defensa del hecho jurídico consuetudinario que sostenía Costa, desde sus bases filosóficas krausistas, el cual partía de que el derecho consuetudinario lo creaba el pueblo en persona, mientras que la creación de la ley tenía lugar, en cambio, por medio de representantes.

Al principio foral aragonés de *standum est chartae* debía corresponder, según el ilustre polígrafo,³⁸ el prin-

34. SIBINA TOMÀS, D. “Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación”, *Cuadernos de Derecho Local*, 0, p. 169, octubre de 2002.

35. GALÁN GALÁN. *Op. cit.*

36. Sobre los principios generales del Derecho, que por un lado informan el ordenamiento jurídico y, por el otro, actúan como fuente supletoria en defecto de ley y de costumbre; para integrar las lagunas que pudieran producirse, se ha de subrayar también con énfasis su destacado valor y su necesidad igualmente en el ámbito local, como sucede con los principios de proporcionalidad, igualdad, libertad, jerarquía normativa, buena fe, confianza legítima, etcétera.

37. Para GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, parte general, 8.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, en la cos-

tumbre –que desempeña un escaso papel en el derecho administrativo– destacan dos elementos, uno de carácter material, la repetición de actos del mismo contenido, y otro moral, es decir, la convicción de que tales actos se realizan bajo la presión de una obligación jurídica.

38. De alguna manera este autor está participando de la visión de Juliano (Digesto 1.3.32. 1): “Las leyes obligan no por otra causa sino porque las ha decretado el voto del pueblo; con más razón, pues, obligarán a todos las que éste haya estatuido sin escritura de ningún género; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad en una votación o indirectamente en sus hechos y prácticas?”

cipio *standum est consuetudini*; es decir, un reconocimiento de esa misma libertad respecto de las voluntades presuntas, para garantizar la libertad civil, y también sostiene el jurista altoaragonés³⁹ que:

“El Derecho consuetudinario se produce por la comunidad de las convicciones, no por la voluntad de los individuos: los actos de éstos no hacen sino manifestar esa comunidad de ideas.

“En todo caso, se ha de tener presente pues que la costumbre en el Derecho local tiene un ámbito reducido, merced a que del propio Código civil se desprende que las ordenanzas y los reglamentos locales prevalecen sobre aquélla; la cual sólo se aplica precisamente en defecto de ley, entendiéndose por ley, en este caso en sentido material, a la producción normativa de las corporaciones locales.”

En nuestro Derecho positivo, destaca por su relevancia la apelación a la costumbre en el artículo 29.3 de la LRL –desarrollado por el artículo 111 del ROF–, cuando se determina que en el régimen de concejo abierto –que tiene una relativa extensión en la España rural, por la pérdida demográfica sufrida por muchos de los pequeños municipios–, el gobierno y la administración municipales corresponden a un alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores, añadiendo que “los concejos abiertos ajustan su funcionamiento a los usos, las costumbres y las tradiciones locales” y, en su defecto, a lo establecido en dicha ley y en las leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local.

El artículo 37 del TRRL, que no tiene carácter básico –y en igual sentido los artículos 39.1 del Reglamento de población y demarcación de las entidades locales y 141 del ROF–, contemplan que las entidades conocidas con las denominaciones de mancomunidades o comunidades de tierra o de villa y tierra,⁴⁰ o de ciudad y tierra, asociados, reales señoríos, universidades, comunidades de pastos, leñas, aguas, y otras análogas continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias; aunque deberán ajustar su régimen económico a lo previsto en la legislación de régimen local sobre formación de presupuestos y rendición de cuentas, liquidaciones, inventarios y balances.

Asimismo, en materia de bienes comunales la costumbre⁴¹ también juega un cierto papel, cuando el artículo

lo 94⁴² del Reglamento de bienes de las entidades locales dispone que el aprovechamiento y el disfrute de estos bienes se efectuará en régimen de explotación común o cultivo colectivo, y que sólo si tal disfrute fuere impracticable se adoptará una de las formas siguientes: el aprovechamiento peculiar, según costumbre o reglamentación local, o la adjudicación por lotes o suertes. Si dichas modalidades no resultan posibles se acudirá a la adjudicación mediante precio.

El artículo 95 de este mismo Reglamento de bienes indica que cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas o a las que, cuando fuere procedente, apruebe el órgano competente de la comunidad autónoma en cada caso, oído el Consejo de Estado o el órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquélla, si existiera.

Son, pues, escasas las muestras en nuestro Derecho local en que opera la costumbre como fuente de derecho; con un planteamiento de pura residualidad, y se ha de tener presente también, respecto de la relación entre la costumbre y las ordenanzas locales, lo que señala Embid Irujo:⁴³

“–Pero si el municipio, al ejercitar su potestad reglamentaria, opta por suprimir las posibles condiciones restrictivas que existieran en la costumbre o la normativa anterior, no existe ningún límite infranqueable que para la potestad reglamentaria municipal represente la costumbre.

“–Dicho de otra forma: la costumbre limita la ordenanza si se trata de continuar con las condiciones restrictivas de aprovechamiento, aunque éstas pueden variar matizadamente. En ese sentido, la costumbre es fuente ‘habilitadora’ del contenido restrictivo de la ordenanza.

“–Pero si lo que se busca es ‘liberalizar’ las condiciones de aprovechamiento, la potestad reglamentaria es libre en cuanto a su ejercicio y, por tanto, no está sometida a ningún control extraordinario de aprobación administrativa.”

El Tribunal Supremo ha mantenido en la Sentencia de 10 de julio de 1989 (*El Derecho*, 7048/1989), sin embargo, que ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local, declarando:

39. COSTA MARTÍNEZ, J. *Teoría del hecho jurídico individual y social*, p. 334. Madrid, 1880.

40. El artículo 2.2.e) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, califica expresamente a todas estas mancomunidades como entidades locales aragonesas, desarrollando esta figura en los artículos 88 y 89 del Reglamento de territorio y población de las entidades locales de Aragón, aprobado por el Decreto 346/2002, de 19 de noviembre.

41. Véase sobre este particular a CORRAL GARCÍA, E. y LÓPEZ PELLICER, J. A. *Reglamento de bienes de las entidades locales*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2.ª ed., Madrid, 2001, pp. 250 y ss.

42. Pueden verse en este sentido al artículo 75 del TRRL, precepto que no tiene carácter básico, así como el artículo 204 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, y los artículos 78 a 91 del Decreto

336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de patrimonio de las entidades locales de Cataluña; el artículo 44 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de bienes de las entidades locales de Andalucía, que da preferencia a la costumbre –destacamos que se trata de una norma con rango de ley– sobre las ordenanzas, y, finalmente, el artículo 183 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, y los artículos 96 a 98 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón.

43. EMBID IRUJO, A. “Ordenanzas y reglamentos municipales”, en *Tratado de Derecho Municipal*, p. 421. Dirigida por Muñoz Machado, S., Civitas, Madrid, 1988.

“2.º) Que los muchos años de aprovechamiento vecinal que han resultado probados llevan a la aplicación de la figura de la afectación tácita, cuya virtualidad hace innecesario un acto formal –artículo 8.4 del Reglamento de bienes de 27 de mayo de 1955, y hoy 8.4 del Reglamento de 13 de junio de 1986– lo que determinaría una calificación comunal que arrastraría también la aplicación de la costumbre –artículo 75.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril– pues no siendo posible la explotación colectiva ante todo habrá que acudir a dicha fuente.

“Ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local. Este es el orden que dibuja el texto refundido de 1986 (artículo 75.2) y aunque el hoy vigente Reglamento de bienes, en su artículo 95, incluye en primer término las ordenanzas, y después las normas consuetudinarias hay que entender como ya se ha dicho que la primacía es la señalada tanto por rango legal del texto refundido como por los antecedentes históricos de la figura que se examina.”

Posteriormente, en la Sentencia de 25 de octubre de 1995 (*El Derecho*, 5583/1995) –también en la de 8 de octubre de 1999 (*El Derecho*, 37153/1999)– ha vuelto a incidir en esta cuestión, ratificando su anterior doctrina:

“[...] y si se trata de la impugnación de un acto de aplicación de la misma, y por tanto al no cuestionarse su nulidad formal hay que partir, al menos en principio, de su existencia y vigencia; de otra, si esa ordenanza fue aprobada por el órgano competente, Ministerio de la Gobernación, al amparo de una ley, que le permitía, con la exigencia de adecuarse a la costumbre local, hay que entender, de acuerdo con el principio de legalidad de los actos administrativos, que así lo fue, y mucho más cuando en sus antecedentes hay una referencia expresa, a esa costumbre local y a la necesidad de articularse en una norma escrita.”

3. La seguridad jurídica y el problemático sistema de fuentes de las entidades locales

De cuanto llevamos dicho hasta aquí se colige fácilmente que uno de los principios clave sobre los que sustenta nuestro ordenamiento, como es el de la seguridad jurídica, que proclama nuestra Constitución en el artículo 9.3, se ve fuertemente afectado por un entendimiento inadecuado del carácter bifronte del régimen local español, pero no sólo por ello.

En primer lugar, se observa un conjunto de disfunciones y contradicciones en el seno de la propia legislación

del Estado, con la presencia de normas contradictorias entre la LRL y otras normas básicas, como sucede por ejemplo con la LHL o con la LCAP, que algunos autores resuelven con el argumento de la *vis* específica que tiene la LRL, pero que a nuestro juicio no es suficiente, cuando se trata de inaplicar otras normas básicas distintas a la LRL que incluso son posteriores a aquélla; por lo que realmente habría que sostener que en el espíritu del legislador ha existido una voluntad de incidir con una nueva regulación que es la que debería prevalecer.

Estas mismas contradicciones se generan también, en algunos casos, dentro de la legislación de las comunidades autónomas, denotando un escaso rigor legislativo que sorprende en una Administración emergente a la que habría de exigirse un celo especial en su producción normativa.

Al mismo tiempo, las discrepancias normativas se producen entre la legislación estatal básica y la de las comunidades autónomas, y no necesariamente porque haya una voluntad del legislador autonómico en contradecir a la legislación del Estado de carácter básico, sino porque cuando los parlamentos autonómicos despliegan su potestad legislativa es muy difícil que no surjan las contradicciones con el legislador estatal, salvo que se trate de una mera reproducción de sus normas.

Pero es que, también, el carácter contingente que es más acusado en el ámbito del Derecho administrativo que en otras ramas del derecho hace que la norma autonómica que inicialmente era respetuosa con la legislación básica devenga en incompatible si el propio Estado introduce cambios en su legislación –como suele hacer con harta frecuencia– y la comunidad autónoma no procede a su inmediata acomodación.

Cuando, además, el legislador autonómico opera sobre una materia que es competencia exclusiva suya, como sucede con la ordenación del territorio y el urbanismo, todavía es más fácil que se produzcan desajustes entre la legislación autonómica y la del Estado de carácter básico, en este caso relativa al régimen local; pero no se debería olvidar en estos casos que por muy exclusiva que sea la competencia de la comunidad autónoma hay aspectos que no pueden ser disponibles por el legislador autonómico, como sucede a título de ejemplo con la competencia del alcalde para la aprobación de los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuida al Pleno, así como la de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización, recogida en el artículo 21.1.j) de la LRL, y que sin embargo se ha regulado de manera distinta en algún caso.⁴⁴

44. Esto sucede en Aragón con la Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística, cuyo artículo 50, que se refiere al procedimiento de aprobación de los planes parciales, atribuye la competencia para la aprobación inicial al Pleno, cuando

de acuerdo con el citado artículo 21.1.j) de la LRL en relación con el artículo 22.2.c) de la misma ley, esta competencia correspondería al alcalde, reiteramos que con el carácter de legislación básica.

En la medida, también, en que el legislador autonómico opta como técnica legislativa, si tiene la competencia exclusiva sobre régimen local, por compilar en un texto preceptos estatales sobre esta materia –que en muchos casos tienen naturaleza básica–, junto con otros en los que sí puede operar innovando el parlamento autonómico de que se trate, la inseguridad jurídica se recrudece por las razones ya expuestas, y se corre el riesgo de interiorizar el régimen local como si tuviera un exclusivo carácter regional –lo que está reñido con nuestro modelo constitucional de régimen local– en la conciencia de los miembros representativos de las corporaciones locales y de los operadores jurídicos en general, como se observa ya en algunas comunidades autónomas, en las que empieza a ser dificultoso tratar de explicar que hay un marco constituido por la legislación estatal básica que no se puede violentar si no es desde una clara inconstitucionalidad.⁴⁵

Igualmente lamentable resulta el que se legisle sabiendo de antemano la posible inconstitucionalidad de una norma y que se “juegue” con la argucia impresentable de que no se ha recurrido directamente, ya que al margen del reproche que merece esta postura por su deslealtad institucional y ataque a las bases mismas de nuestro ordenamiento, se olvida quien piensa así, no obstante, de que sí cabrá un posible recurso futuro en el que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad.

A ello se suma la presencia de textos no actualizados, como sucede con el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955 o con el propio ROF, que introducen mayor inseguridad jurídica si cabe. Pensemos en el artículo 211.2 del ROF, que todavía habla de que el recurso de reposición será potestativo en materia de imposición y ordenación de tributos, etc., cuando sabemos que actualmente no cabe dicho recurso administrativo en estos casos sino el jurisdiccional; como se desprende claramente del artículo 107.3 de la LPC, al prever que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.

Por otro lado, ante tanta proliferación normativa, muchas veces censurable por su escasa precisión, y en otras ocasiones por su clara innecesariedad y su manifiesta vocación de incumplimiento,⁴⁶ se echan en falta, sin embargo, algunas normas, como sucede con la contratación por parte de los miembros de la corporación local, en la que no da solución la técnica de la abstención del artículo 28 de la LPC, y que permite por la actual

redacción del artículo 1782.2.d) de la LOREG que un alcalde llegue a contratar con su corporación –eso sí, absteniéndose– en supuestos en los que la financiación no corre a cargo de la entidad local, lo que resulta disparatado y repugna al más mínimo sentido jurídico.

Especialmente preocupante es la posición del ROF en nuestro Derecho local, sobre lo que ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos extensamente en este trabajo, reglamento estatal en el que nos encontramos con preceptos reiterativos de normas básicas del Estado en algunos casos modificadas tras la publicación de dicha norma reglamentaria, que se hallan derogados tácitamente. Sobre ello, la STS, de 11 de mayo de 1998 (*E/Derecho*, 4709/1998), declara:

“Por otra, la reiteración en normas de rango inferior de lo que se establece en normas de rango superior es superflua e inconveniente, en la medida en que se presta a un margen de inseguridad y error, y siempre queda sometida a la necesidad de atender a eventuales modificaciones de las normas superiores así incorporadas al ordenamiento de rango inferior, pero no por ello deben ser sancionadas tales normas reiterativas con la invalidez.”

En otras ocasiones, estamos ante preceptos del ROF que deberían tener el carácter de básicos, con la oportuna y expresa calificación como tales, y no ha sido así; especialmente en materias recogidas en el título I (“Estatuto de los miembros de las corporaciones locales”), en el título II (“Organización necesaria de los entes locales territoriales”), en el título III (“Funcionamiento de los órganos necesarios de los entes locales territoriales”) y en el título VI (“Procedimiento y régimen jurídico”), lo que podía tener una explicación con anterioridad a la STC 385/1993, de 23 de diciembre, pero que hoy no es defendible –al haber declarado el Tribunal Constitucional que el carácter básico tiene que venir determinado en la legislación vigente.

En aras, por ello, de la seguridad jurídica y de la coherencia del mismo sistema es preciso llevar a cabo una depuración normativa en el ROF, determinando lo que tiene carácter básico por su inmediata conexión con la LRL, con la LOREG, o con la LPC, y por su naturaleza de común denominador normativo en el conjunto del Estado, de forma que el resto de su articulado tuviese mero carácter supletorio de la normativa que dictasen las comunidades autónomas.

En suma, estamos inmersos en una técnica legislativa deficiente en la que el ámbito de las corporaciones loca-

45. Aquí, en efecto, no opera el principio de jerarquía sino el de competencia y estaríamos ante supuestos de inconstitucionalidad indirecta o mediata.

46. Según dice en un comentario que refleja la peor de las realidades locales Pérez Luque: “El político local hace las normas, pero en muchas ocasiones no le gusta sujetarse a ellas. El ámbito local es un mundo de incumplimientos habituales y reiterados. ¿Cuántos preceptos de reglamen-

tos locales hay –como el que compra un jarrón, para que adorne– que no se cumplen? ¿Para qué hacerlos entonces? ¿Cuántas veces se pretende que una norma no se aplique para casos concretos? Es más deprimente tener normas, que no se cumplen o se vulneran por decisión discrecional-arbitraria, que no tenerlas. Pasamos entonces del Estado de derecho al estado de desecho.”

les se va estrechando en proporción directa al crecimiento de la producción normativa que lleva a cabo el Estado y, sobre todo, las comunidades autónomas, mientras que aquéllas se ven obligadas a actuar en un espacio cada vez más reducido por la fuerza expansiva de las administraciones “superiores”.

Y en este panorama que venimos dibujando, las entidades locales se enfrentan ante la disyuntiva, cuando surgen los conflictos que estamos denunciando, de saber cuál es la norma que han de aplicar, y correlativamente de tener que inaplicar la que no sea procedente tras el análisis de su posición en el orden de fuentes, problema que tiene una tonalidad diferente cuando el conflicto se produce entre el Estado y las comunidades autónomas locales, por su especial posición en nuestro ordenamiento –en el que se aprecia una clara lucha entre poderes normativos–, mientras que las entidades locales se encuentran en medio de la tensión que se produce entre aquellas administraciones públicas, y desde un plano inferior –aunque con pleno respeto a su garantía institucional y a su carácter autónomo y democrático– han de indagar en la búsqueda de la norma que sea aplicable con una absoluta lealtad al sistema.

La posición singular en que se encuentran las entidades locales tiene lugar, por otro lado, como ya se ha dejado apuntado, en el marco de otros fenómenos destacados, como son el de la “incontinencia normativa” y, en muchos casos, el de la deficiente técnica legislativa que nos preside, que parece desconocer la unicidad del ordenamiento, en una especie de trivialización de las normas cuya meta parece más su publicación que su aplicación posterior.

Las leyes desbocadas a que se ha referido el profesor García de Enterría,⁴⁷ fenómeno que ya apuntaron C. Schmitt o, entre nosotros, Ortega y Gasset, se muestran como un verdadero problema en estos comienzos del siglo XXI, y con mayor virulencia en el ordenamiento español por su carácter de Estado descentralizado, y más si cabe en el Derecho local, requiriendo de altas dosis de lealtad institucional⁴⁸ y de redoblados esfuerzos de los juristas, especialmente en el campo del Derecho público, en el que parece querer renacer la hidra mitológica, cuyas cabezas cortara Hércules.

No resulta ocioso, en este punto, el que tengamos que apelar a la cordura y al sentido común de nuestros

legisladores, por lo que recordamos las palabras de González Navarro,⁴⁹ cuando afirma:

“No es la primera vez en que surgen voces alertando sobre la necesidad de conseguir que nuestros legisladores comprendan que no se les va a tener en mayor estima porque hagan muchas leyes;⁵⁰ y que reformar es cambiar los usos, lo que rara vez se logra cambiando las leyes; y que, en fin, la noble tarea de legislar se degrada cuando el legislador acaba convirtiéndose en un ‘editor de normas’.”

A su vez, también resulta interesante, cuando ya concluimos este trabajo, el reflexionar sobre las afirmaciones de Vallet de Goytisolo,⁵¹ que, aunque referidas especialmente al ámbito del Derecho privado, son plenamente aplicables, igualmente, a los *iuspublicistas* y que en el fondo muestran la dificultad de la labor de cuantos nos relacionamos con las diferentes disciplinas jurídicas; más todavía si cabe cuando parece que todo está preordenado y que sólo bastaría subsumir mecánicamente el hecho en la norma:

“La imposición plena del sistema de la teoría pura del derecho kelseniana, para nosotros los juristas, equivaldría a reducirnos a la condición de meros leguleyos, tecnificados y deshumanizados, sustituibles –no sin ventajas– por ordenadores bien alimentados [...]. El Derecho, también, requiere, de modo análogo, una constante búsqueda objetiva, en la cual el jurisconsulto debe tratar de alcanzar –cuando pueda– lo mejor y lo más adecuado por encima de los condicionamientos históricos, nunca absolutos ni totalmente insalvables. Y en eso radica la posibilidad del progreso jurídico. Los juristas prácticos [...] sabemos que el Derecho no consiste en la imposición de una justicia estructural, especie de ‘macrojusticia’, ni en una ‘panreglamentación’ que lo abarque todo; sino en una continua producción de hechos jurídicos, resueltos uno a uno, en la vida concreta, con soluciones justas, y esto no puede lograrse –ni se conseguirá jamás– por aquellos medios [...]. Costa supo comprenderlo y lo proclamó con su mente preclara y su palabra ardiente. No quería ver totalmente encerrado el derecho en las mallas de un ordenamiento positivo; y, ¡menos aún!, hubiese querido que lo enterraran ¡en la tumba jurídica de la pirámide kelseniana!”

Finalmente, la clarificación del sistema de fuentes de las entidades locales debe insertarse también en el

47. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Jueces y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Editorial Civitas, Madrid, 1999.

48. Véase sobre este particular a MARCOS, A. “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de cooperación”, en *Documentación Administrativa* 240, pp. 265-353, 1994.

49. GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, prólogo de la obra de los autores González Pérez, J.; González Rivas, J. J., y el propio González Navarro, F. Editorial Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1999.

50. No sorprende que uno de los mayores juristas –con acta de diputado– que ha tenido nuestro país, Joaquín Costa, hiciera figurar en su epitafio la leyenda “No legisló”, influido por su defensa del derecho consuetudinario y por el recelo más que justificado respecto de la forma en que se utilizaba el Parlamento en la etapa de la Restauración y en pleno auge del caciquismo.

51. VALLET DE GOYTISOLO, J. *Voluntarismo y formalismo en el Derecho*. Joaquín Costa, antípoda de Kelsen, pp. 170 y 171. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1986.

plano de la revitalización de la democracia, y por ende de la recuperación de los mismos ciudadanos, porque en la corriente doctrinal y jurisprudencial a la que se ha aludido anteriormente, que pone el énfasis en la diferencia existente entre el Gobierno estatal o los autonómicos, respecto del gobierno local –y sobre todo del municipal–, sobre la base del carácter electivo de éste –de forma que no son equiparables los reglamentos estatales o autonómicos a los reglamentos locales, y que la reserva de ley no puede operar en términos tan estrictos con las ordenanzas aprobadas por el municipio–, se marca un hito frente al tradicional olvido de los fundamentos de la legitimidad de los órganos representativos del municipio y de las consecuencias que de ello han de extraerse en cuanto a las competencias locales y a la potestad normativa local.

La llamada autonomía administrativa del municipio comienza a sustituirse en el terreno del debate por una concepción de esa autonomía cuyo carácter profundamente político es incuestionable, lo que obliga a reelaborar conceptualmente incluso a la propia ley y a la teoría general de las fuentes del Derecho, dotando al reglamento local de un espacio hasta ahora discutido, y que resulta prometedor para los ciudadanos, por insertarse dentro de los paradigmas de una nueva Administración local, no sólo española sino europea, con unos valores comunes que se explicitan en la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

4. Bibliografía de consulta

ANIBARRO PÉREZ, S. “Las competencias normativas de las corporaciones locales sobre sus tributos propios”, en CUNAL 42, 2000.

BLASCO DÍAZ, J. L. *Ordenanza municipal y ley*. Marcial Pons, Madrid, 2001.

BERMEJO VERA, J. *La publicación de la norma jurídica*. IEAL, Madrid, 1977.

BOIX REIG, V. “Los reglamentos municipales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en RAP 78, 1975.

BOQUERA OLIVER, J. M.^a. “La regulación de las ordenanzas en el Estatuto municipal de 1924”, en *Cincuentenario del Estatuto municipal. Estudios conmemorativos*. IEAL, Madrid, 1975.

COSTA MARTÍNEZ, J. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*. Barcelona, 1902.

DE LOPE, M. y SANZ FERNÁNDEZ, L. *Administración local y Constitución. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. IEAL, Madrid, 1986.

DÍEZ-PICAZO, L. M.^a. “Concepto de ley y tipos de leyes. (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)”, en REDC 24, 1988.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. “El debate sobre la autonomía municipal”, en RAP 147, 1998.

EMBED IRUJO, A. *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*. IEAL, Madrid, 1978.

EMBED IRUJO, A. “Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal”, en REDA 30, 1981.

EMBED IRUJO, A. “La potestad reglamentaria de las corporaciones locales en el Proyecto de Ley reguladora de bases del régimen local”, en REVL 224, 1984.

ESTEVE PARDO, J. “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases de régimen local”, en REDC 31, 1991.

FANLO LORAS, A. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. “La potestad reglamentaria de las corporaciones locales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Administración local*, XXIX. CGPJ, Madrid, 1995.

FONT I LLOVET, T. “La nueva posición de la Administración local en la evolución del Estado de las autonomías”, en *Informe comunidades autónomas 1998*. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Dictamen sobre legalidad de ordenanzas sobre uso del suelo y edificación”, en RAP 50, 1966.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*. Tecnos, Madrid, 1970.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La problemática puesta en aplicación de la LRJPAC: El caso del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal”, en REDA 80, 1993.

GARCÍA MACHO, R. “La autonomía municipal y su protección en la LRBRL”, en RAP 109, 1986.

GARCÍA MORILLO, J. *La configuración constitucional de la autonomía local*. Marcial Pons, Madrid, 1998.

GARCÍA ROCA, J. “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, en REALA 282, 2000.

GARRORENA MORALES, A. *El Estado Español como Estado social y democrático de derecho*. Tecnos, Madrid, 1993.

GÓMEZ-FERRER MORAT, R. “Legislación básica en materia de régimen local, relación con las leyes de las comunidades autónomas”, en *La Provincia en el sistema constitucional*. Diputación de Barcelona y Civitas, Madrid, 1991.

MARTÍN MATEO, R. “La autonomía local y el sistema normativo español”, en RAP 94, 1981.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “Actos administrativos generales y reglamentos”, en RAP 40, 1963.

MOLINA DEL POZO, C. F. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Dijusa, 4.^a ed., Madrid, 2002.

MORELL OCAÑA, L. "Las fuentes del Derecho Local", en REALA 235-236, 1987.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. "La garantía de la autonomía local en el reparto competencial entre las administraciones públicas", en *Comunidades autónomas y Gobiernos locales*. Diputación de Barcelona, Barcelona, 1987.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. *El régimen constitucional de las competencias locales*. INAP, Madrid, 1988.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. "La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español", en REALA 259, 1993.

PAREJA I LOZANO, C. "Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales", en RAP 138, 1995.

PAREJO ALFONSO, L. *Garantía institucional y autonomías locales*. IEAL, Madrid, 1981.

PAREJO ALFONSO, L. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Tecnos, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO, L. *La potestad normativa local*. Marcial Pons, Madrid, 1998.

PÉREZ MORENO, A. "El proceso de penetración de las leyes reguladoras de la Administración central en el régimen local", en RAP 61, 1970.

PRATS I CÀTALA, J. "Las relaciones entre las comunidades autónomas y el gobierno local en el marco de la Constitución, los estatutos de autonomía y la Ley reguladora de las bases del régimen local", en *Comunidades autónomas y Gobiernos locales*. Diputación de Barcelona, Barcelona, 1987.

RIVERO ISERN, J. L. *Manual de Derecho Local*. Civitas, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ DRINCOURT, J. "La obligatoriedad de publicar íntegramente las normas urbanísticas de los planes generales en el BOP", en RAP 121, 1990.

RODRÍGUEZ-SABUGO FERNÁNDEZ, J. R. "Sobre la naturaleza de los bandos como disposiciones de carácter general", en *Revista de Estudios de la Vida Local* 207, 1980.

SÁNCHEZ ISAC, J. *Las normas básicas de régimen local*. Bayer Hnos., Barcelona, 2000.

SÁNCHEZ GOYANES, E. *La potestad normativa del municipio español*, Publicaciones Abella. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ MORÓN, M. "La defensa jurisdiccional de la autonomía local", en *Comunidades autónomas y Gobiernos locales*. Diputación de Barcelona, Barcelona, 1987.

SANZ RUBIALES, I. "Principio de legalidad y potestad sancionadora en la Administración local", en REALA 264, 1994.

SOSA WAGNER, F. "La autonomía municipal", en RAP 100-102, 1983.

SOSA WAGNER, F. "La autonomía local", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid, 1991.

SOSA WAGNER, F. "La lealtad, gozne del Estado", en REAL 288, 2002.

VALLINA VELARDE, V. "Consideraciones sobre la potestad normativa de los entes locales", en REVL 176, 1972.

VALLINA VELARDE, V. "Ordenanzas locales", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Barcelona, 1986. ■

Inmigración, religión y Derecho urbanístico¹

1. Introducción. El urbanismo en las sociedades pluriculturales. A propósito de otra manera de entender el Derecho urbanístico en conexión con diversos derechos constitucionales.

2. Religión y Derecho urbanístico en el Derecho comparado. Análisis de algunas regulaciones en Asia, América y Europa.

2.1. Singapur. 2.2. Estados Unidos. La lucha jurídica por un Derecho constitucional.

2.3. Francia: los problemas de la República.

3. Libertad religiosa, orden público y Derecho urbanístico en España.

3.1. Algunos datos relevantes. La situación actual. 3.2. El marco jurídico internacional.

El marco legal español. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la libertad religiosa. 3.3. Libertad religiosa y cohesión social. 3.4. Las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa: remisión a la cuestión de las licencias. 3.5. Catálogo de posibles problemas jurídicos en relación con el urbanismo y la libertad religiosa. Ordenación urbanística, libertad religiosa y orden público. 3.5.1. El planeamiento urbanístico y la libertad religiosa. 3.5.2. Aplicación singular de la normativa urbanística y de otras regulaciones existentes. La cuestión de las licencias urbanísticas y de las licencias de apertura.

4. Algunas reflexiones jurídicas para el debate. Políticas públicas posibles dentro del marco jurídico existente. Propositiones de *lege ferenda*.

4.1. La peculiaridad de los equipamientos religiosos. ¿Sería conveniente una regulación legal específica? Los estándares urbanísticos y el papel de las ordenanzas locales. 4.2. Ordenación del territorio y religión. ¿Sería conveniente un cambio de perspectiva en la adopción de decisiones territoriales con impacto religioso? 4.3. Protección de la efectiva libertad religiosa y gestión urbanística: a propósito de la cesión de suelos para la construcción de templos y su instrumentación jurídica. 4.4. El importante papel judicial en la defensa de la libertad religiosa territorializada.

5. Para concluir provisionalmente. Una realidad fáctica y una posibilidad jurídica: el peso de la historia y las *affirmative actions* en relación con determinadas confesiones religiosas.

Juli Ponce Solé

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. Correo electrónico: jponce@dret.ub.es. El origen del presente artículo se halla en la conferencia "Inmigración, religión y Derecho urbanístico", desarrollada dentro del curso Los retos del nuevo Derecho urbanístico en Cataluña: entre la autonomía local y la cooperación institucional, dirigido por

el Dr. Tomàs Font y coordinado por el Dr. Juli Ponce, que tuvo lugar en octubre de 2002, en el marco de los cursos de otoño de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. La versión original ha sido retocada, ampliada y actualizada para la presente publicación.

1. Introducción. El urbanismo en las sociedades pluriculturales. A propósito de otra manera de entender el Derecho urbanístico en conexión con diversos derechos constitucionales

El presente estudio trata de abordar, de forma introductoria, las relaciones entre el fenómeno religioso y el urbanismo, campo de estudio prácticamente virgen hasta el momento en España.²

Debe advertirse que el análisis que aquí se efectúa tendrá un contenido puramente jurídico. Aunque tal como entiendo el Derecho, es decir, desde un punto de vista que se podría denominar *realista o funcionalista*, considero imprescindible el manejo de datos y aportaciones ofrecidas por otras ciencias, para conseguir que la aproximación jurídica sea útil y no un puro juego *formal* de juristas.³

Lo expuesto justifica que junto a la exposición sistemática –y, en su caso, crítica– de la normativa, jurisprudencia y doctrina jurídica relacionadas con el objeto de nuestro estudio, también se realicen consideraciones relativas a las diversas *políticas públicas* posibles en este campo, aunque sin decantarme en ningún momento por ninguna de ellas. Se tratará, sencillamente, de efectuar una primera incursión en los posibles cursos de acción a adoptar por los gestores públicos, teniendo en cuenta, siempre, los *límites negativos* y los *deberes positivos* impuestos por nuestro ordenamiento jurídico.⁴

El punto de partida en la cuestión que nos ocupa debe situarse en la constatación de que la sociedad en que nos encontramos es una sociedad crecientemente *pluricultural*, debido, entre otros fenómenos, a la inmigración. La inmigración está suponiendo en el caso español el paso de una sociedad monocultural a otra pluricultural. Esta pluralidad tiene reflejo en diversos ámbitos, pero nos gustaría ahora llamar la atención sobre uno en particular: *el religioso*. Especialmente en los últimos años, hemos pasado de la existencia de una religión históricamente predominante a la coexistencia de diversas confesiones religiosas, algunas con un peso creciente. Jugando con las palabras, como ya he expuesto en otro lugar, podría hablarse de una especie de “ruptura del monopolio” religioso en España, de una “liberalización”

religiosa, a partir de la Constitución, a imagen y semejanza, salvando las (enormes) distancias, de lo que ha ocurrido respecto de algunos servicios públicos económicos: de un único “operador” se ha pasado a una pluralidad de “operadores” en “competencia”.⁵

En cualquier caso, en los próximos años va a ser necesario “pensar la religión”, por utilizar las palabras del filósofo Eugenio Triaś.⁶ Y en ese “pensar la religión” habrá que reflexionar también sobre el impacto territorial de ésta.

Teniendo en cuenta que para poder expresar la religiosidad individual y colectiva es necesario un lugar físico (iglesia, mezquita, sinagoga...) y que el mismo debe ubicarse en una trama urbana, claramente puede advertirse el vínculo entre religión y urbanismo, de tal modo que el segundo puede ser un elemento facilitador (o entorpecedor) del libre desarrollo de la religiosidad. En consecuencia, el urbanismo y, por tanto, el Derecho urbanístico se enfrentan a una nueva complejidad derivada de la gestión del pluralismo. En este caso he elegido, como ejemplo, el pluralismo religioso. Dicho en otros términos, *el real ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa previsto en el artículo 16 de nuestra Constitución está condicionado de uno u otro modo con la regulación existente del uso del suelo*. Fenómeno éste de relación entre Derecho constitucional y Derecho urbanístico que ya he tenido ocasión de subrayar a propósito, entre otros, del derecho a la vivienda.⁷

Esta relación entre el Derecho urbanístico y diversos derechos constitucionales (libertad religiosa, vivienda, intimidad, educación...) me lleva a insistir, como ya hemos hecho en anteriores ocasiones, en la necesidad de *un cambio de paradigma dogmático* en el ámbito de esta rama del Derecho administrativo, de tal modo que deje de estar obsesionado por el derecho de propiedad sobre el suelo y, sin descuidar desde luego éste, que se ocupe de otras perspectivas y de otras inquietudes que afectan no sólo a los propietarios del suelo. Considero que esta línea de investigación y reflexión puede llegar a ofrecer resultados satisfactorios para la consolidación y el desarrollo de nuestro Estado social y democrático de derecho.

2. Pueden encontrarse, no obstante, algunas referencias a la cuestión en PONCE SOLÉ, J., “Derecho urbanístico y derechos constitucionales. Las relaciones entre vivienda, equipamientos religiosos y cohesión social”, en FONT LLOVET, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2003, págs. 111 a 144.

3. Véase sobre el enfrentamiento entre formalismo y realismo –en sentido amplio– jurídico, ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 273 y ss.

4. En relación con el concepto de política pública y su utilidad en el ámbito del análisis jurídico-administrativo, véase, por ejemplo, BALLART, X. y RAMÍO, C., *Ciencia de la Administración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 481 y ss.

5. Insistimos que es una analogía empleada *a grosso modo*, válida sólo en la medida que sirva para *visualizar* lo ocurrido. Desde luego, somos perfec-

tamente conscientes de que la práctica religiosa no es un *servicio público* en sentido técnico, pues el Estado no es responsable de esta prestación, evidentemente; tampoco se nos escapa que no se trata en absoluto de una actividad de tipo económico. Se trata, por tanto, de una comparación *impropia*, si se quiere, pero que puede ser muy *gráfica*.

6. TRIAS, E. “La necesidad de pensar la religión”, en AA.VV., *Los temas de nuestro tiempo*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 2002, págs. 200 y ss.

7. Puede consultarse PONCE SOLÉ, J., *Poder local y guetos urbanos. Las relaciones entre el Derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, INAP-Fundació Pi i Sunyer, Madrid, 2002.

Partiendo de estas inquietudes que subyacen en todo el tratamiento de la cuestión, el análisis se dividirá en tres grandes bloques.

En primer lugar, se efectuará una brevísima visita a sociedades y derechos que han debido hacer frente a la multiculturalidad en su vertiente religiosa. Un caso lejano (Singapur), otro más cercano (EE.UU.) y finalmente una sociedad semejante a la nuestra (Francia) pueden ilustrarnos sobre las relaciones entre religión y Derecho urbanístico, perspectiva, como dijimos, quizá extraña en nuestro marco de pensamiento jurídico tradicional pero que, como veremos, es objeto de tratamiento específico en tales derechos.

En segundo lugar, efectuaré un análisis del régimen jurídico vigente en España, intentando detectar los problemas de aplicación de las normas y las lagunas actualmente existentes en torno a la cuestión que nos ocupa. Debe advertirse que los centros de culto que aquí nos interesan son aquéllos abiertos al público.

Finalmente, se realizarán algunas reflexiones referidas al papel del legislador, de las administraciones públicas y de los jueces en relación con el Derecho urbanístico y su impacto en el ejercicio de la libertad religiosa. La intención no es, ni mucho menos, ofrecer soluciones acabadas a un tema de extraordinaria complejidad, necesitado de ulteriores investigaciones más detalladas. En esta tercera parte del estudio se intentará, simplemente, apuntar líneas teóricas de reflexión con posible impacto práctico a corto plazo en determinadas políticas públicas.

2. Religión y Derecho urbanístico en el Derecho comparado. Análisis de algunas regulaciones en Asia, América y Europa

En mi opinión, debe destacarse la utilidad de los análisis de sociedades pluriculturales con tradición histórica de conflicto y de búsqueda de mecanismos de resolución de éste, debido a la pluralidad de confesiones religiosas existentes, en virtud de la composición de su población. Como ya he tenido ocasión de destacar en otros trabajos míos, el fenómeno de creciente *globalización* no puede dejar de afectar a los ordenamientos jurídicos, enfrentados a problemas similares en contextos económicos semejantes. Y como parte integrante del Derecho público, el Derecho urbanístico no puede permanecer al margen de semejante fenómeno.

2.1. Singapur

Como es sabido, este país asiático, ex colonia británica, ha conocido un desarrollo económico espectacular aso-

ciado a la existencia de un alto nivel educativo. Sus más de tres millones de habitantes conforman una sociedad multiétnica, con tres grupos principales: los chinos (con un 79% de la población), los malayos (14%), los indios (6%) y los europeos y euroasiáticos (con un 1%).

La regulación pública del uso del suelo en Singapur parte de una idea previa firmemente asumida: la situación de los equipamientos religiosos puede influir en la decisión de los ciudadanos de fijar su residencia (aunque, sin duda, la existencia de vivienda asequible también influirá). Es decir, se parte del presupuesto de que la política pública que se siga en materia de equipamientos religiosos no sólo condicionará el libre ejercicio de cada religión sino que condicionará las decisiones que tomen los ciudadanos respecto a dónde fijar su residencia, pues la cercanía de la vivienda al equipamiento religioso, donde realizan sus prácticas religiosas cotidianas, es un elemento que estos ciudadanos tienen en cuenta.

Con este punto de partida, el legislador de Singapur ha llevado adelante una regulación que intenta evitar la concentración étnica en determinados enclaves, tratando de evitar la segregación urbana. Para ello ha establecido una serie de estándares urbanísticos teniendo en cuenta el mosaico social expuesto, la búsqueda de variedad religiosa y requisitos de espacio. Los estándares urbanísticos que guían la provisión de equipamientos religiosos son:

a) Como regla general:

a.1) Debe existir una iglesia por cada 12.000 viviendas, en parcelas de 3.000-4.500 m².

a.2) Debe existir un templo chino por cada 9.000 viviendas, en parcelas de 2.000-3.000 m².

a.3) Debe existir una mezquita por cada 20.000 viviendas, en parcelas de 2.500 m².

a.4) Debe existir un templo hindú por cada 90.000 viviendas, en parcelas de 1.800-2.500m².

b) Estos estándares pueden ser atemperados por consideraciones específicamente dirigidas a dispersar grupos étnicos en el espacio. Así, por ejemplo, el sector público puede construir mezquitas en áreas con pocos malayos, con el fin de atraerlos.⁸

2.2. Estados Unidos. La lucha jurídica por un Derecho constitucional

En cuanto a las relaciones concretas entre el Derecho urbanístico y el *fenómeno religioso*, es bien conocido el determinante papel que la libertad religiosa ha tenido en el nacimiento de los Estados Unidos, lo que justifica la inclusión de la primera enmienda de la Constitución

8. Sobre la situación en Singapur, puede consultarse, entre otros, el trabajo de CHIH HOONG SIN, "The Quest for a Balanced Ethnic Mix: Singapore's

Ethnic Quota Policy Examined", *Urban Studies*, vol. 39, núm. 8, 2002, págs. 1369 y ss.

federal entre las diez que forman el *Bill of Rights* y que se aprobaron en 1795. Por esta enmienda, el Congreso estadounidense no puede elaborar ninguna ley en referencia a una confesión religiosa o prohibir el libre ejercicio de una religión.

En el ámbito del Derecho urbanístico, el conflicto entre algunas regulaciones urbanísticas locales y la libertad religiosa consagrada en la Constitución ha dado lugar a una interesante *jurisprudencia*, tanto del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como de algunos tribunales federales, así como de diversos tribunales estatales.⁹ Entre esta jurisprudencia norteamericana es posible encontrar decisiones sensibles a la cuestión de la ubicación de los centros religiosos, negando la posibilidad de intervenciones públicas que, por activa o por pasiva, segreguen (o conduzcan a la segregación) de los lugares de culto, dificultando o imposibilitando el acceso a los mismos y, en definitiva, el real ejercicio de la libertad religiosa.¹⁰

La conflictividad mencionada ha llevado incluso a intervenir al *legislador federal*, por dos veces, además. La primera en 1993, con la promulgación de la *Freedom Restoration Act*, no dirigida específicamente al ámbito urbanístico, aunque aplicada en éste, ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en 1997.¹¹ La segunda en 2000, mediante la *Religious Land Use & Institutionalized Act*, ésta ya referida directamente a las relaciones entre la libertad religiosa y la ordenación urbanística. Esta norma, en la que no podemos detenernos ahora pese a su interés, prevé una serie de interesantes límites a la actividad urbanística local, basados en el *principio de proporcionalidad*, en reglas sobre la *carga de la prueba* (favorables al demandante en defensa de su libertad religiosa) y en el *pago de costas*, que en caso de condena corresponderá a la Administración. Todo este instrumental jurídico se apoya en la idea, expresada en la sección segunda de esta norma, de *considerar al uso del suelo como un ejercicio de la religión*.¹²

En definitiva, las relaciones entre la religión y el Derecho urbanístico en Estados Unidos forman parte de

una problemática viva, que ha generado una interesante jurisprudencia, lo que ha forzado la intervención específica del legislador para clarificar el sentido de la primera enmienda constitucional en el ámbito urbanístico.

En la ley de 2000 se ve con gran claridad las conexiones entre Derecho urbanístico y religión. No en vano la sección segunda de la norma se refiere al *uso del suelo como un ejercicio de la religión*.

2.3. Francia: los problemas de la República

Según datos del año 2000, Francia contaba con 1.500 lugares de culto musulmanes, aunque sólo existían ocho mezquitas con minarete visible.¹³

En cuanto a la *libertad religiosa* y sus relaciones con el Derecho urbanístico francés, debe notarse que la Ley de 9 de diciembre de 1905, de separación de las iglesias y del Estado, establece los principios de laicidad y neutralidad. Estos principios prohíben la concesión de ayudas públicas a una específica confesión religiosa. La Sentencia del Tribunal Administrativo de Grenoble de 31 de diciembre de 1991 ha recordado esta prohibición de ayudas públicas.¹⁴

Por supuesto, la legislación urbanística francesa se aplica en igualdad de condiciones respecto de los lugares de culto, tal y como se haría con cualquier otro tipo de construcción. Otra cosa es que se haga un mal uso concreto de las potestades administrativas. Un ejemplo lo constituye la Decisión del Tribunal Administrativo de Lyon de 10 de febrero de 1993, que controla y anula decisiones administrativas referidas a la construcción de lugares de culto de los Testigos de Jehová.

En la actualidad, se debate sobre la posibilidad del uso de *affirmative actions* en favor de la religión islámica, en virtud de un principio de compensación que permitiera corregir el *status quo* religioso francés, marcado por unas circunstancias históricas que han primado a una confesión religiosa, la católica –cuyas iglesias construidas antes de 1905 pasaron a ser propiedad de los muni-

9. Así, por poner sólo un ejemplo a nivel federal, tiene notable interés la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 11 de junio de 1993 en el caso *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc., et al. v. City of Hialeah*, donde se aplica un control estricto de una serie de ordenanzas locales (en este caso, no de contenido estrictamente urbanístico) que afectaban a una práctica religiosa desarrollada por los recurrentes, fieles del culto de la santería. La sentencia declara la nulidad de las ordenanzas impugnadas por violación de la libertad religiosa de los recurrentes.

10. Por todos, MANDELKER, D., *Land Use Law*, 1997, 4.ª ed., Lexis Law Publishing, págs. 187 y ss., y 270 y ss.

11. El motivo alegado por el Tribunal Supremo norteamericano para declarar la inconstitucionalidad de esta norma fue la consideración que se trataba de un uso del poder legislativo no autorizado, que implicaba la redefinición del significado de la primera enmienda.

12. Cuestionada la constitucionalidad de esta ley, la Sentencia *Freedom Baptist Church of Delaware County vs. Township of Middletown*, dictada por el juez de distrito Dalzell en mayo de 2002, reafirmó su constitucionalidad.

13. ECHKENAZI, A., *La Gazette des communes des départements et des régions*, núm. 1555, del 19 de junio de 2000.

14. Sin embargo, no está prohibido, por ejemplo, que un ayuntamiento reserve en el plan de urbanismo un espacio dedicado a la construcción de un templo, con la consideración de instalación de interés general, siempre que el financiamiento corra a cargo del constructor (Sentencia del Tribunal Administrativo de París de 9 de junio de 1989, *Recueil Lebon* pág. 668). De igual modo, el Consejo de Estado, en su Decisión de Ville de Lille de 7 de marzo de 1969, ha señalado que no se vulneran los principios de neutralidad y laicidad si se autoriza la construcción de un equipamiento destinado a diversos cultos religiosos en el interior de una ciudad escolar.

Por otro lado, una práctica municipal no insólita es poner a disposición del constructor del lugar de culto un terreno, por largo tiempo y mediante una suma simbólica (mediante la figura jurídica del *bail emphytéotique*). Véase LE CARPENTIER, P., "Le régime juridique des édifices du culte", en *Revue Administrative*, núm. 173, 1993, págs. 190 y ss.

cipios, los cuales *deben hacer frente a su conservación* frente al resto. Es decir, una confesión religiosa, en virtud de hechos históricos, se encuentra “copando” la “oferta espacial” religiosa, mientras otras confesiones afrontan problemas para encontrar su propio espacio.¹⁵

La reflexión en marcha en el país vecino lleva incluso a plantear la oportunidad de modificar la ley de 1905 de separación entre estados e iglesias –modificación a la que se opone, por cierto, la confesión asentada históricamente en Francia, defensora en este caso del *status quo*, es decir, de esa ley de 1905– para permitir que el Estado ayude a la construcción de mezquitas, evitando así el obligado recurso por parte de los promotores de la edificación a las ayudas provenientes de ciertos países árabes, que pueden presentar un riesgo de potenciación del extremismo religioso.¹⁶

3. Libertad religiosa, orden público y Derecho urbanístico en España

3.1. Algunos datos relevantes. La situación actual

Como ya se apuntó, el fenómeno de la inmigración ha potenciado el tránsito rápido de la sociedad española hacia una realidad pluricultural. Así, por ejemplo, en el caso de Cataluña, esta comunidad autónoma cuenta con 150.000 musulmanes, los cuales no tienen ninguna mezquita construida como tal en el territorio catalán.¹⁷ Es más, es fácil recordar las polémicas a que ha dado lugar diversos intentos de construir mezquitas en diversas poblaciones catalanas, como, por ejemplo, Premià de Mar o Mataró.

Un posible enfoque de la cuestión sería entender que el *mercado* se ocupará de los usos religiosos, como lo hace de otros usos urbanísticos. Sin embargo, debe notarse la existencia de un problema, dado que factores ajenos a la lógica mercantil interfieren en los mecanismos del mercado, provocando su fallo y haciendo de los usos religiosos, en ocasiones, *usos débiles*. A nadie se le escapan los problemas sociales que están generando los intentos de abrir algunos nuevos lugares de culto *no*

católicos en España, los cuales dan causa al surgimiento de un típico síndrome de NIMBY.¹⁸ Las razones que pueden explicar este comportamiento son, sin duda, plurales y complejas, pero nos atrevemos a apuntar, simplemente, algunos elementos:

a) Así, por ejemplo, el miedo a que el equipamiento religioso genere un centro de integrismo, especialmente tras el fatídico 11 de septiembre de 2001, teniendo en cuenta que la financiación (y el control) de estos centros puede venir de países extranjeros con intereses de los que se desconfía.

b) La sobradamente conocida situación del parque de vivienda español: muy bajo alquiler (claramente por debajo de la media europea), evidente predominio de la propiedad, mediante préstamos hipotecarios, no infrecuentemente entendida como valor de inversión. Cualquier factor que pueda alterar el valor de la propiedad constituye un problema económico de primer orden para los propietarios, que intentan evitar de cualquier modo “problemas” (más bien lo que es percibido por ellos y la sociedad como “problemas”) que puedan hacer descender el precio de su inmueble.

Estas y otras razones, que el lector puede deducir por sí mismo, abocan a una cruda realidad de ausencia de lugares de culto en condiciones: oratorios precarios, en situación irregular (tolerados por ayuntamientos), con incomodidad e indignidad para los asistentes (cuando la dignidad de la persona es un valor constitucional, fundamento del orden político y de la *paz social*, como señala nuestro artículo 10 de la CE), con molestias (ruido, tráfico...) y con peligro (incendios, etc.) para todos, asistentes a la ceremonia religiosa o no, caso, por ejemplo, de los vecinos del inmueble donde se sitúa el oratorio.

Ante esta delicada situación, los gestores públicos se demandan qué hacer. No es intención del presente estudio jurídico ni siquiera bosquejar una respuesta, la cual, además, debería ser sólo legal, y, por tanto, incompleta, aunque imprescindible. Sí quisiéramos, sin embargo, apuntar algunas ideas, necesitadas, sin duda, de ulteriores investigaciones.

15. Con todo, debe tenerse en cuenta que a partir de los años sesenta del siglo xx la Iglesia católica francesa aceptó poner a disposición de los musulmanes locales para el ejercicio de su culto.

Según la posición oficial del Ministerio del Interior a mediados de los años ochenta del pasado siglo, la situación histórica existente en Francia ha determinado que los lugares de culto estén en manos de las confesiones religiosas establecidas desde antiguo en Francia (singularmente la católica). Dada la situación de hecho, en una respuesta escrita elaborada por el ministro del Interior francés el 9 de agosto de 1984, se considera posible y deseable la ayuda específica a otras confesiones distintas, singularmente la islámica, en virtud de un principio de compensación, que permitiría la existencia de ayudas sin violar la separación Iglesia-Estado.

16. Véase la primera página, el editorial y la página 7 del diario francés *Le Monde*, del día 18 de enero de 2003.

17. Datos extraídos de *El País Semanal*, núm. 1346, domingo 14 de julio de 2002, pág. 37.

18. Acrónimo en inglés de *Not In My Back Yard*, algo así como “no en mi patio trasero”. Esta expresión quiere dar cuenta de los fenómenos de oposición ciudadana que cada vez con mayor frecuencia despiertan los intentos de ubicar espacialmente determinadas infraestructuras, públicas o privadas, bien porque se consideran peligrosas para la salud (plantas incineradoras de residuos, etc.), bien porque no se quieren tener cerca, ante el miedo de que su presencia “atraiga” colectivos no deseados por los habitantes de la zona (centros de rehabilitación de drogodependientes, vivienda social, lugares de culto de ciertas confesiones religiosas, etcétera).

3.2. El marco jurídico internacional. El marco legal español. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la libertad religiosa

En primer lugar, si acudimos al *marco constitucional*, hemos de partir del artículo 16 de la CE:

“Artículo 16.

“1. 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.

“2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

“3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.”

Este precepto, al contemplar la libertad religiosa, no establece una simple protección frente a injerencias (vertiente *negativa*), sino que exige también una “actitud *positiva*, desde una perspectiva que podríamos llamar “asistencial o prestacional”, consagrando una aconfesionalidad o laicidad positiva (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4). En idéntica línea, el Tribunal de Derechos Humanos, en su Sentencia de 31 de julio de 2001, ha señalado que “el Estado tiene la obligación positiva de asegurar a toda persona dependiente de su jurisdicción, y sin que quepa renunciar a ello anticipadamente, el pleno disfrute de los derechos y libertades garantizados por el Convenio”.¹⁹

La libertad religiosa debe ponerse en conexión sistemática con diversos preceptos constitucionales, entre los que destacan, a los efectos de este trabajo, los artículos 9.2, 13.1, 14 y 47, partiendo de la idea básica de que *el uso del suelo tiene impacto sobre el efectivo desarrollo de la libertad religiosa*.²⁰

19. Véase el interesante comentario a esta sentencia, con consideraciones sobre el pluralismo religioso y sus límites, de MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, “El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia? (STEDH *Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía*, de 31 de julio de 2001”, *Revista Española de Derecho Europeo*, abril-junio 2002, págs. 337 y ss.

20. Artículo 9.2

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 13

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 47

Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para [...] la utilización del suelo de acuerdo con

Preceptos éstos que, a su vez, deben ser interpretados de conformidad con los *instrumentos internacionales* que se ocupan de la libertad religiosa.²¹

Entre éstos destacan los cuatro acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, ratificados mediante los instrumentos de 4 de diciembre de 1979. En ninguno de los cuatro existe ninguna referencia a un régimen especial o singular en materia urbanística para los centros de culto católicos. Lo que se limita a establecer el Acuerdo de asuntos jurídicos en su artículo 1 es que:

“5) Los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las leyes. No podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado. En caso de su expropiación forzosa, será antes oída la autoridad eclesiástica competente.”

Aunque todas éstos instrumentos internacionales no expliciten nada respecto a la vertiente espacial de la libertad religiosa, hay que tener en cuenta que para poder llevar a cabo ésta se necesita, obviamente, un espacio físico adecuado.²²

Entre los instrumentos más recientes puede hallarse ya alguna mención a esta dimensión espacial de la libertad religiosa. Podemos subrayar al respecto la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, cuyo artículo 3 señala que:

“La libertad de conciencia y de religión individual y colectiva queda garantizada por las autoridades municipales a todos los ciudadanos y 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 ghettos*.”

En el nivel legal, hay que tener en cuenta, además de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, las *leyes de 1992, de aprobación de la cooperación del Estado con las distin-*

el interés general [...].

Artículo 53.3

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo 3.º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

21. Téngase el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

22. En este sentido, la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, que desarrolla el artículo 16 de la CE, da por supuesto que existirán lugares de culto “con fines religiosos”:

Artículo 2 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio

“Dos. Asimismo comprende el derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

“Tres. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.”

tas confesiones religiosas. Todas estas leyes también dan por supuesto la existencia de lugares de culto, sin dedicarles ninguna consideración específica en cuanto a su ubicación.²³

En cuanto a la *legislación urbanística*, los centros religiosos tienen la consideración de *equipamiento comunitario* (junto con centros deportivos, culturales, docentes, sanitarios, asistenciales, etc.). Se trata de centros al servicio de toda la población, que constituyen parte de la estructura general adoptada para la ordenación urbanística del territorio, integrándose en la estructura general y básica de éste.²⁴ Corresponde al planeamiento urbanístico señalar el emplazamiento y las características de los equipamientos.

Pues bien, ahí está el punto clave. Porque, tradicionalmente, el planificador ha gozado de discrecionalidad para decidir *si* existían lugares de culto y, *caso de existir*, donde debían estar ubicados.

Los centros religiosos han carecido de un *estándar urbanístico independiente*, tratándose indistintamente con el resto de los equipamientos.²⁵ Además, no ha existido tampoco tradicionalmente ninguna *orientación* de la discrecionalidad planificadora respecto de la *adecuación o no de determinados lugares* para fijar el emplazamiento de lugares de culto. Así, el texto de 1976 trata a los equipamientos religiosos indistintamente con el resto de los equipamientos; el artículo 12.1.b), en relación con el PGOU, y el artículo 13.1.d) respecto del Plan Parcial establecen la necesidad de la existencia de equipamientos, pero no establecen estándares concretos. En cuanto al Reglamento de planeamiento tanto el artículo

25.1.d), como el 25.3 (los PGOU serán fijados “en función de las necesidades del conjunto de la población a la que han de servir [...]”), como el 29.1.e) (los PGOU en suelo urbano contemplarán equipamientos “en proporción adecuada a las necesidades colectivas y a las características socioeconómicas de la población”), como el artículo 45.1.e) (referido a planes parciales), tampoco fijan ningún estándar concreto para centros religiosos. Pero es importante la referencia que se hace a la necesidad de que el gobierno local tenga en cuenta las necesidades socioeconómicas de la población.²⁶ De igual modo, tampoco la legislación urbanística autonómica ha solido establecer estándares específicos de equipamientos religiosos.²⁷

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que la *concreta ubicación* de un lugar de culto no es un tema baladí. Por un lado, porque, desde la perspectiva de su función puramente religiosa, ubicaciones inadecuadas (lugares mal comunicados, en áreas sin servicios –polígonos industriales, por ejemplo–) *pueden* llegar a representar *de facto* una restricción indebida del derecho fundamental contemplado en el artículo 16 de la CE, dependiendo, naturalmente, de las circunstancias concretas de cada caso.

En este sentido es muy ilustrativa la sentencia de un Tribunal de Apelación Federal de los Estados Unidos, *Islamic Center of Mississippi, Inc., et al., v. City of Starkville, Mississippi*, de 23 de marzo de 1988. Ante los problemas de una asociación de estudiantes universitarios islámicos para encontrar un lugar donde construir una mezquita, el tribunal norteamericano señala –recordan-

23. Dejando ahora de lado la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, citada en la nota anterior, tomemos ahora una cualquiera de las otras leyes aludidas como ejemplo de lo que se sostiene en el texto, ejemplo extensible a las otras tres. La Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España, señala que “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 [...]” (artículo 2.1). Se parte, pues, del dato previo, que no es objeto de tratamiento, de que esos lugares de culto existen. Partiendo de tal presupuesto, este mismo artículo 2 regula la inviolabilidad de los mismos (artículo 2.2), una audiencia específica en caso de expropiación (artículo 2.3), una prohibición de demolición como regla general (artículo 2.3) y la posibilidad de anotarlos en el Registro de Entidades Religiosas (artículo 2.5). Ahora bien, esta norma *no se ocupa de ninguna cuestión conectada con la ubicación espacial de estos lugares de culto* (necesaria existencia prevista en el planeamiento, directrices para su ubicación espacial, etcétera).

24. Con independencia de su titularidad, pública o privada, como recuerda la jurisprudencia (por todas, la STS de 27 de abril de 1984, por ejemplo). La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, alude en su artículo 2 a los edificios permanentes de carácter público o privado cuyo uso principal sea el religioso.

25. Véanse, por ejemplo, los artículos 12.1.b) y 13.1.d) del Texto refundido de 1976, los artículos 25.1.d), 25.3, 29.1.e) ó 45.1 del Reglamento de planeamiento. En la legislación autonómica, véase, por ejemplo, el artículo 65 de la Ley catalana 2/2002.

26. Aunque el artículo 45.1.e) citado sí prevé para, por ejemplo, las zonas deportivas un estándar mínimo de 18 m² por vivienda o por cada 100 m² de edi-

ficación residencial a falta de número expreso de viviendas, con el límite de no poder ser inferior la reserva al 10% de la total superficie ordenada.

27. Así, el ahora derogado Decreto legislativo catalán 1/1990 señalaba en el artículo 23.2.1 que el PGOU fijaría el emplazamiento de templos, y en el artículo 25.2.b) que en el contenido del Plan Parcial era preciso respetar un estándar consistente en la dedicación de una superficie mínima correspondiente a 6 m² por vivienda (siempre con una superficie total superior al 4% de la del ámbito), pero sin referencia específica a templos, sino que mezclaba éstos con otros equipamientos comunitarios, como centros asistenciales, etcétera.

La Ley catalana 22/1998, por la que se aprueba la Carta Municipal de Barcelona, prevé en su artículo 65.2.d) la posible –no obligatoria– reserva de emplazamientos para “templos” de forma explícita.

En cuanto a la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, actualmente vigente, el artículo 65, referido al Plan Parcial, apartados 3 y 4, establece unos estándares globales para equipamientos, cuya cuantificación varía en función de los usos urbanísticos de los sectores, sin consideración específica a los templos:

–Sector de uso residencial, único o mezclado con otros usos: reserva para equipamientos de titularidad pública (sin especificar la clase) necesaria de 5 m² de suelo por 25 m² de techo, debiendo ser siempre la reserva igual o superior al 5% de la superficie del ámbito.

–Sector de uso industrial o comercial, la reserva mínima de equipamientos (sin mención de titularidad pública) debe ser igual o superior al 5% de la superficie del ámbito.

Otro ejemplo en el mismo sentido (ausencia de estándar específico para templos), lo constituye la moderna Ley de Cantabria de 2001. Su artículo 39.3 establece una reserva para equipamientos sociales (religiosos y otros, mezclados) no inferior a 5 m² de suelo por habitante.

do las palabras del escritor francés Anatole France, a propósito de la “majestuosa igualdad del Derecho que prohíbe a todas las personas, tanto a las ricas como a las pobres, dormir bajo los puentes, pedir limosna en las calles y robar pan”— lo siguiente:

“Las normas que hacen accesibles las iglesias, sinagogas y mezquitas sólo a aquéllos suficientemente ricos para desplazarse mediante automóvil privado evidentemente restringen (*burden*) el ejercicio de la religión por parte de los pobres, una clase que incluye numerosos estudiantes. Y una ciudad no puede escapar de la protección constitucional existente contra sus acciones alegando que aquéllos que pretenden la actividad prohibida pueden encontrarla en algún otro sitio. Al hacer una mezquita relativamente inaccesible dentro de los límites de la ciudad a musulmanes que no tienen coche, la ciudad restringe el ejercicio de su religión.”

Por otro lado, la ubicación de los lugares de culto puede suponer la acentuación de los problemas derivados de la *segregación urbana*, dada la función de foco de la vida social —no sólo ya religiosa— que algunos de estos centros religiosos pueden tener, aglutinando así a los miembros de la comunidad. Como hace ya años señaló Leal Maldonado, la mera existencia de un equipamiento no nos dice nada “sobre la localización del mismo”, llevándose “con demasiada frecuencia los equipamientos a suelos marginales poco aptos para la edificación de viviendas”.²⁸

Si la existencia y concreta ubicación de los lugares religiosos presenta tal importancia, pudiera ser aconsejable, cuando menos, orientar la discrecionalidad del planificador urbanístico, ofreciendo criterios que ayuden a evitar la inexistencia o la segregación espacial de estos equipamientos.²⁹

En cualquier caso, la ausencia de reflexión actual sobre la ubicación espacial de los lugares de culto deja en el aire muchas cuestiones, en conexión con la idea de *orden público* como límite de la libertad religiosa, de acuerdo con el artículo 16 de la CE. Esta “expresión odiosa”, que “hubiera sido mejor que no quedara consagrada en la Constitución”, en la opinión fundamentada del profesor Lorenzo Martín-Retortillo,³⁰ auténtico concepto jurídico indeterminado, queda más concretado de la mano del artículo 3 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio:

“Uno. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la *seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática.*”

De entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 16 de la CE, queremos destacar las STC de 15 de octubre de 1982 (número 62, ponente Gómez-Ferrer) y de 15 de febrero de 2001 (número 46, ponente Pablo García Manzano). En la primera se señala que el límite del orden público del artículo 16 de la CE puede incluir la moralidad, entendida como un “*minimun ético*” utilizable por la ley, pero necesariamente rodeado de garantías. En la segunda se señala que la protección del orden público *no es una cláusula preventiva de eventuales riesgos, en general*. Con una excepción, la posible existencia de una secta, si existen riesgos debidamente acreditados derivados de su actividad.

En consecuencia, el límite del orden público no puede ser un *passe-par-tout*, que justifique cualquier ejercicio de la potestad de planeamiento tendente a entorpecer el desarrollo de la libertad religiosa, aunque, sin duda, puede ser un legítimo fin a proteger por la regulación urbanística.

3.3. Libertad religiosa y cohesión social

Pero junto con sus conexiones con ciertos derechos fundamentales, la imprescindible interpretación sistemática del artículo 16 de la CE debe enmarcarse con el objetivo último de la *cohesión y la sostenibilidad social*, que se configura como una finalidad de interés general de *rango constitucional*, contemplada implícitamente en diversos preceptos de nuestro texto fundamental (por ejemplo, 9.2, 40 ó 131).

Finalidad que, además, está aludida en diversa normativa de ámbito *comunitario*. Véase, por ejemplo, la recientemente proclamada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 36. Asimismo, téngase en cuenta el artículo 3.3 de la ya cita-

28. LEAL MALDONADO, J. “Fundamentos para un análisis de los equipamientos”, en *Ciudad y Territorio*, núm. 2, 1979, pág. 14.

29. Téngase en cuenta el artículo 51 del Reglamento de planeamiento, imponiendo que la situación concreta de las áreas destinadas al equipamiento que hayan de reservarse para servicios de interés público y social, entre ellos los templos, se establecerá “estudiándola en relación con las redes viarias y de peatones, a fin de garantizar su accesibilidad y obtener su integración en la estructura urbanística del plan”. En la legislación urbanística, téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 9.5 de la Ley catalana 2/2002, que exige que la distribución en el territorio de los equipamientos se ajuste “a criterios que garanticen la funcionalidad en beneficio de la colectividad”.

30. MARTÍN-RETORTILLO, L. “El orden público como límite al derecho de libertad religiosa”, en su obra *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983, pág. 299. Sobre el concepto de orden público en general, puede consultarse, por ejemplo, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, en RAP, núm. 27, 1990, págs. 9 a 25, quien considera que “la seguridad pública sería el concepto general que abarcaría al orden público (entendido en su sentido estricto de protección de libre ejercicio de los derechos fundamentales) y a la seguridad ciudadana (entendida como protección de personas y bienes en los términos ya conocidos)”.

da Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, precepto éste que, en conexión con la obligación de que las autoridades municipales garanticen la libertad de conciencia y de religión individual y colectiva, impone la necesidad de velar “para evitar la creación de guetos”.

Específicamente, alguna reciente legislación urbanística autonómica se refiere a la finalidad de la cohesión social como norte de la actividad administrativa, como es el caso de la interesantísima Ley 5/1999, de 8 de abril, de Castilla y León, la cual la menciona tanto en su Exposición de motivos como en su artículo 4.b). Otro ejemplo lo encontramos en la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, tanto en su Exposición de motivos, ya aludida, como en su importante artículo 3, que define a la cohesión social como un componente de un desarrollo urbanístico sostenible, el cual ha de ser garantizado en el ejercicio de las competencias urbanísticas.³¹

3.4. Las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa: remisión a la cuestión de las licencias

Aunque hasta el momento los conflictos judiciales surgidos en España en relación con la regulación urbanística del hecho religioso se han concentrado en la cuestión de la licencia de apertura de este tipo de edificaciones (*vid. infra*), no faltan algunas decisiones judiciales interesantes respecto a la ordenación urbanística del uso religioso. Concretamente, merece la pena reseñar tres decisiones, que ayudan a clarificar algunos posibles equívocos. Se trata de la STS de 29 de enero de 1980 (Aranzadi 286), de la STS de 10 de diciembre de 1984 (Aranzadi 6529) y de la STS de 4 de febrero de 1987 (Aranzadi 267).

Así, la STS de 29 de enero de 1980 versó sobre los siguientes hechos. La empresa municipal urbanizadora de Cullera (capital 100% público) aportó los terrenos necesarios (2.514 m²) para la construcción de una nueva parroquia, con el fin de colaborar en “tan elevados propósitos”. Solicitada la licencia de edificación, se pide la construcción, además, de la vivienda del cura párroco y del centro parroquial. El ayuntamiento deniega esta solicitud en razón de que tales terrenos eran dedicados por el Plan general a zona libre de uso público con un límite de edificabilidad. La denegación se recurre por el Obispado de Valencia.

La STS señala lo siguiente:

a) La potestad de planeamiento no se opone ni interfiere con la esfera de propia actuación de la iglesia a que se refiere el Concordato.

b) Las “limitaciones” que son “generales” o “genéricas” de la normativa urbanística no afectan a la libertad para erigir nuevas parroquias que prevé el Concordato.

c) El silencio de la legislación urbanística en relación con este tipo de edificaciones no significa su exclusión sino, bien al contrario, la sujeción al régimen general.

En la misma línea, la STS de 10 de diciembre de 1984 señala que “la afectación en el planeamiento metropolitano (caso de Barcelona) para equipamiento docente actual de un bien de la pertenencia dominical de una comunidad religiosa, no puede suponer ofensa alguna” para el Concordato porque el mismo no configura “ningún especial estatuto para el derecho de propiedad de la Iglesia y demás comunidades religiosas, que no sea el mismo que para los demás ciudadanos se regula en el marco civil y en el urbanístico”, salvo las referencias puntuales en materia de expropiación.

Finalmente, cabe destacar la STS de 4 de febrero de 1987, la cual señala que el hecho de que un plan especial concrete que unos terrenos serán destinados a equipamiento religioso de titularidad pública no vulnera la neutralidad del artículo 16.3 de la CE, pues la aconfesionalidad estatal “no significa que la Administración pública no puede ni debe atender las necesidades religiosas de los ciudadanos”.

3.5. Catálogo de posibles problemas jurídicos en relación con el urbanismo y la libertad religiosa. Ordenación urbanística, libertad religiosa y orden público

Si bien en el momento actual los problemas que surgen ante la instalación de nuevos equipamientos religiosos se concentran esencialmente en el momento de la aplicación del planeamiento urbanístico existente, como se dijo antes, lo cierto es que la concesión o no de las licencias pertinentes es consecuencia directa de la ordenación urbanística previa existente y dependiendo del tratamiento que ésta dé a los usos urbanísticos quedará condicionada la concesión o denegación de las licencias.³² Se recuerda este punto porque, como se argumentará, una buena ordenación urbanística puede contribuir en gran medida a prevenir posteriores conflictos puntuales ante la solicitud de instalación de un centro de culto.

31. Garantía que no queda en puro deseo pío, por cuanto a lo largo de su articulado la ley instrumenta concretas consecuencias derivadas de la ausencia de desarrollo urbanístico sostenible (véase, por ejemplo, el artículo 33, referido a la definición del suelo urbanizable) o de la necesidad de justificar que las decisiones adoptadas lo persiguen (véase, por ejemplo, el artículo 59.3, referido a la documentación obligatoria de los planes urbanísticos).

32. Como es sobradamente conocido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo el carácter reglado de la licencia urbanística, sin distinción de ningún tipo (por todas, la STS de 22 de septiembre de 1992). Carácter reglado que explicitaba el artículo 243.3 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, precepto que fue, sin embargo, anulado por la STC 61/1997.

Por otro lado, quizá no sea ocioso recordar también que la ubicación de centros de culto no tiene la misma problemática en la trama urbana consolidada que en aquélla sometida a procesos de remodelación o expansión, es decir, en el suelo urbano consolidado y en el no consolidado o urbanizable; tampoco se trata de la misma situación cuando se pretende instalar un oratorio en un edificio plurifamiliar ya construido que cuando se quiere construir un nuevo inmueble dedicado, exclusivamente, a uso religioso; de igual modo, dependiendo del concreto municipio, aspectos tales como el suelo disponible, la composición de su población y otros pueden hacer variar los problemas y las hipotéticas soluciones. Por ello, toda generalización puede ser equívoca, aunque, en mi opinión, sea necesario construir una red conceptual general flexible, adaptable con posterioridad a las concretas circunstancias expuestas.

En cualquier caso, es obvio que la sujeción de determinadas actividades, incluidas las conectadas con la práctica religiosa, no es mala *per se*. En el caso de la libertad religiosa, ésta se ejerce en lugares físicos susceptibles de tener problemas de seguridad o salubridad. Y para servir al interés general –que demanda tanto que se pueda practicar la propia religión como que no se muera quemado en un incendio en el local habilitado a tal efecto–, los poderes públicos pueden y deben ejercer sus potestades y competencias. De ahí que, como vimos, tanto el artículo 16 de la CE como el artículo 3 de la Ley orgánica 1/1980, de 5 de julio, limiten el derecho a la libertad religiosa en cuanto pueda afectar a los derechos fundamentales de los demás, la seguridad, la salud e, inclusive, la vaporosa “moralidad pública”. Cuestión distinta, aunque no distante, es que el ejercicio de las potestades para proteger el orden público devenga un ardid para dificultar o impedir la práctica religiosa, mediante trabas urbanísticas. Aunque en tal caso, estaríamos ante patologías jurídicas, controlables por los medios habituales, entre ellos, destacadamente, la desviación de poder a que hace referencia el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3.5.1. El planeamiento urbanístico y la libertad religiosa

De la jurisprudencia analizada en otros países de nuestro entorno con una mayor tradición histórica de pluralismo religioso, se pueden aislar una serie de cuatro frecuentes puntos conflictivos:

a) Prohibición urbanística directa de centros religiosos en áreas residenciales: supuesto no infrecuente en el caso norteamericano, que ha dado lugar a una contradictoria jurisprudencia estatal. Mientras que algunas sentencias lo acepta (si el uso crea problemas de tráfico o tiene un efecto adverso sobre los valores de la propiedad o de los servicios municipales, siempre que el impacto sea extremo, pues en caso contrario se considera necesario permitir su existencia condicionada a un análisis casuístico a efectuar por la autoridad urbanística), otras lo rechazan (al considerarlo un uso preferente, debido a su protección constitucional). En cualquier caso, la jurisprudencia norteamericana se muestra de acuerdo en exigir una cuidadosa fundamentación de los motivos que pueden conducir a prohibir dicho uso.

En el caso español, ¿sería aceptable una regulación urbanística municipal que prohibiera de raíz el uso religioso en zonas urbanas consolidadas residenciales? Los términos del problema se presentan en modo semejante al caso estadounidense. Utilizando nuestro ordenamiento jurídico, cabría sostener que en ejercicio de su competencia urbanística [artículo 25.2.d) de la LBRL] los municipios podrían llegar a adoptar válidamente tal decisión, protegiendo el orden público, siempre que fundamentaran adecuadamente tal decisión (aquí la memoria del planeamiento desempeñaría un papel esencial) y respetaran el principio de proporcionalidad, el cual, como es sabido, demanda la adopción de la alternativa menos gravosa posible siempre que sea eficaz en la protección del interés general. Alternativa menos gravosa que probablemente consistiría en sustituir la prohibición total por el establecimiento de razonables requisitos (capacidad del local, requisitos de aislamiento sonoro, necesidad de contar con aparcamiento suficiente, etc.).³³ De igual modo, no habrá que olvidar que una prohibición radical a la instalación de nuevos lugares de culto, aceptando no obstante el mantenimiento de los ya existentes, puede llegar a provocar, de hecho, una discriminación de ciertas confesiones religiosas en relación con otras de mayor tradición histórica ya preexistentes en el área.³⁴

b) Prohibición de ciertas actividades conectadas con el desarrollo de la actividad religiosa: como es sabido, diversas prácticas religiosas pueden incorporar actividades susceptibles de ser objeto de prohibición. Pensemos, por ejemplo, en la santería, culto llevado a

33. En materia específica de ruidos, por ejemplo, hay que tener en cuenta el impacto que los mismos pueden generar. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 119/2001) y el Tribunal Supremo (STS de 7 de noviembre de 1990) resaltan que los ruidos pueden llegar a suponer una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, y del derecho a un medio ambiente adecuado. No debe olvidarse al respecto la legislación autonómica en materia de lucha contra el ruido. El papel de las ordenanzas locales ha de ser crucial, juntamente con el planeamiento urbanístico. El artículo 9.7 de la Ley catalana de protección contra la contaminación

acústica de 2002 (DOGC de 11 de julio de 2002) señala que los planes urbanísticos “han de tener en cuenta” los mapas de capacidad acústica (a aprobar en los próximos tres años): es decir, zonificar el territorio en función de la sensibilidad (alta, baja, moderada) acústica, estableciendo así un nexo de unión entre urbanismo y medio ambiente.

34. Sobre el derecho a la igualdad en el ámbito del planeamiento urbanístico, puede consultarse PONCE SOLÉ, J., *Derecho urbanístico y autonomía municipal*, Civitas-EAP, Madrid, 1996, pág. 212 y ss.

cabo por sacerdotes (*babalawo*) cuyos rituales incorporan el sacrificio de animales, sobre todo gallos y gallinas, cuya sangre se recoge y se ofrece a los *orishas*.

En estos y en otros casos, es evidente que las prácticas religiosas deberán respetar las regulaciones, quizá no directamente urbanísticas pero con impacto también sobre el ejercicio de la libertad religiosa, que puedan existir. El ejercicio de las competencias locales en materia de seguridad, ordenación del tráfico, prevención de incendios, protección del medio ambiente, protección de la salubridad pública (ver el artículo 25.2 de la LBRL, apartados a, b, c, e y h) es no sólo lícito, sino obligatorio (artículo 12 de la LRJPAC: la competencia es irrenunciable).

Pero también es evidente que tales regulaciones no pueden ser diseñadas con el ánimo de entorpecer la práctica religiosa, en cuyo caso estaríamos ante una desviación de poder.³⁵ Asimismo, sería conveniente que las regulaciones tuvieran en cuenta, en la medida de lo razonable y posible, las posibles excepciones derivadas de prácticas religiosas, teniendo siempre presente el ya mencionado límite del *orden público*.³⁶

c) *Ubicación de centros religiosos en áreas segregadas del núcleo urbano. El problema de la segregación espacial en conexión con la libertad religiosa. La posibilidad de utilizar los equipamientos religiosos como instrumento de cohesión social:* segregar espacialmente a los equipamientos religiosos puede ser una alternativa atractiva para algunos municipios, situándolos en zonas alejadas del núcleo urbano y generalmente monofuncionales (caso, por ejemplo, de los polígonos industriales).

¿Puede ser una buena solución para el interés general? Por un lado, es cierto que algunos vecinos pueden quedar más tranquilos, evitándose así los mencionados episodios de NIMBY. Por otro lado, quienes van a desarrollar la ceremonia religiosa pueden llegar a beneficiarse de mayor espacio y tranquilidad. Todos estos aspectos potencialmente positivos deberían, sin embargo, ponderarse juntamente con un aspecto claramente negativo, que, de producirse, supondría una vulneración de las previsiones constitucionales y legales sobre cohesión social en el territorio. Efectivamente, la lejanía

del centro urbano y sobre todo, en su caso, la mala comunicación en transporte público pueden dar lugar a una restricción *de facto* del derecho fundamental a la libertad religiosa, como vimos que subrayaba la Sentencia norteamericana de 1988 *Islamic center of Mississippi, Inc., et al., v. City of Starkville*, antes aludida.

En función del emplazamiento que se decida, atendidas las concretas circunstancias del caso específico, la intervención pública actuará efectivamente como un correctivo de los fallos de mercado o como un factor de agravamiento de la segregación espacial. La situación espacial de los equipamientos religiosos actúa como un *imán* social, al generar un *tejido* social en su área de influencia. Su situación puede ser un factor de segregación –contribuyendo a la generación de espacios uniformes– o un factor de cohesión –al ayudar a la *mezcla* social, conviviendo en una misma área urbana distintos estatus económicos, distintas creencias religiosas, etcétera.³⁷

En este sentido, es interesante tener en cuenta la referencia del actual artículo 9 de la Ley catalana de urbanismo 2/2002, de 14 de marzo, cuyo apartado quinto exige que las administraciones urbanísticas “velen porque la distribución en el territorio de los ámbitos destinados a espacios libres y a equipamientos se ajuste a criterios que garanticen su funcionalidad en beneficio de la colectividad”. Precepto éste que hay que conectar forzosamente con el artículo 3 de la misma norma, que demanda el favorecimiento de la cohesión social como objetivo de desarrollo sostenible a alcanzar por la regulación urbanística. En la misma línea, la reciente Ley catalana 9/2003, de 13 de junio, de movilidad, obliga a “relacionar la planificación del uso del suelo con la oferta de transporte público” [artículo 3.x)], señalando que “tienen una consideración especial y específica los instrumentos de planificación que permiten la aproximación entre la vivienda, el trabajo y los servicios complementarios”, como los equipamientos, entre ellos, naturalmente, los religiosos, que deben procurar evitar y reducir “los costes sociales vinculados a la movilidad obligatoria” (artículo 5.4). A tal fin, la ley introduce un sistema de planificación, en el que no vamos a entrar, obligando al planeamiento urbanístico a ajustarse a las directrices de viabilidad de ámbito supramunicipal, obli-

35. Traducido a nuestros esquemas jurídicos, ése fue el caso de la decisión de 1993 del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Church of the Lukumi Babala Aye, Inc. et al. v. City of Hialeah*, citada en su momento.

36. Pensemos en el caso del sacrificio de animales practicado por los seguidores de la santería. No se trata de un caso de laboratorio, por cierto, pues según informaciones aparecidas en el periódico *20 minutos* del día 22 de octubre de 2002, el número de seguidores de este culto es de alrededor de 100.000 en todo el Estado. Precisamente estas informaciones recogían el hallazgo de restos de animales mutilados en un popular barrio barcelonés, como consecuencia de rituales de santería, hecho que motivaba el que la presidenta de la Asociación para la Defensa de los Derechos de los Animales declarara que tal práctica era “injustificable”. En esta línea, por ejemplo, la Ley catalana 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales, prohíbe la ma-

tanza de animales en público, considerándola una infracción muy grave que puede llevar a la imposición de multas de entre 2.001 y 20.000 euros. Sin embargo, esta norma señala en su artículo 6.2 diversas excepciones, entre ellas la celebración de corridas de toros, de acuerdo con una larga tradición histórica. ¿Sería razonable que el legislador también hubiera previsto excepciones en el caso de la celebración de prácticas religiosas, como protección del libre desarrollo del derecho fundamental del artículo 16 de la CE? ¿O, por el contrario, el orden público impediría estas actividades, por lo que no sería posible tal excepción legal? Como puede apreciarse, la pluralidad religiosa conduce a contextos de mayor complejidad que obligan a enfrentarse a cuestiones no siempre de fácil tratamiento.

37. Debo volver a remitirme para mayor detalle a mi trabajo PONCE SOLÉ, J., *Poder local y guetos urbanos...*, op.cit., y a la extensa bibliografía allí citada.

gándose al planificador municipal a ponderar el elemento de movilidad, mediante un estudio *ad hoc*, el cual deberá orientar la discrecionalidad urbanística en la búsqueda de un urbanismo sostenible, también socialmente (artículo 18).

Otras modernas leyes urbanísticas insisten también en la necesidad de ordenar el suelo de tal modo que al decidir la ubicación de los equipamientos y las dotaciones públicas se logre promover una adecuada integración y cohesión social. Es el caso, por citar ahora sólo un ejemplo, de la Ley 3/2002, de régimen del suelo y ordenación urbanística, de 19 de abril, de Asturias [artículo 44.g)].

d) *Ausencia total de referencia en la normativa urbanística a los templos: (in) actividad pública y (no) garantía del derecho fundamental*: la ausencia de referencia concreta a los usos religiosos en la legislación urbanística, como vimos, plantea el problema de la falta de guía de la discrecionalidad local, lo que, como se argumentará más tarde, quizá sería conveniente repensar. Ahora bien, la ausencia de estándares urbanísticos concretos en la legislación no impide, en absoluto, que el propio municipio decida autovincularse, mediante su regulación urbanística, diseñando una política pública coherente (y, obviamente, ajustada a Derecho), que quedara plasmada en el planeamiento urbanístico y en sus ordenanzas, y en la que se especificara de qué modo se va a intentar hacer efectivo el derecho del artículo 16 de la CE en armonía con la cohesión social. De tal modo que podría pensarse en la elaboración de específicos estándares municipales en este ámbito, supliéndose así la laguna legal.

3.5.2. Aplicación singular de la normativa urbanística y de otras regulaciones existentes. La cuestión de las licencias urbanísticas y de las licencias de apertura

En cualquier caso, en relación con la apertura de un centro religioso, bien sea en un inmueble ya construido bien en uno a construir, surge la cuestión de qué auto-

rizaciones deberá solicitar el interesado. Por un lado, en cuanto a las licencias urbanísticas, enlazando con lo visto *supra*, queda claro que será preciso solicitarlas cuando se den los casos previstos en la legislación urbanística, exactamente igual que en el caso del resto de los usos urbanísticos.

En cuanto a otros tipos de licencias, surge la cuestión de la posible exigencia de licencias de apertura (artículo 22 del RSCL, y equivalentes autonómicos, por ejemplo, el artículo 78 del ROAS en Cataluña). En relación con esta cuestión puede señalarse lo siguiente:

1. La STS de 24 de junio de 1988 (Aranzadi 4724) señala que la existencia de un oratorio privado en una vivienda no encaja en el artículo 22 del RSCL, porque no es ni establecimiento industrial ni mercantil, e intentar la aplicación de este precepto supondría vulnerar el artículo 16 de la CE.

2. La STS de 18 de junio de 1992 (Aranzadi 6004) señala que un local de la Iglesia Evangélica de Filadelfia no encaja en el artículo 22 del RSCL y no es posible emplear una analogía.

¿*Quid* de la exigencia de *licencia de actividades clasificadas* (RAMINP de 1961 y equivalentes autonómicos), por ejemplo la Ley de intervención integral de la Administración ambiental de 1998 en Cataluña?³⁸ Al respecto, cabe subrayar lo siguiente:

1.1. La sentencia citada de 1992 acepta en abstracto que un local religioso pueda tener encaje en el RAMINP de 1961.

1.2. Pero en el caso concreto la argumentación ofrecida (existencia de ruidos) no tiene fundamentación en el expediente administrativo existente, según el Tribunal Supremo.

En general, hay que constatar que la legislación sectorial no ha contemplado los usos religiosos como usos molestos, nocivos, insalubres o peligrosos de forma explícita. Es más, alguna ley autonómica incluso los excluye expresamente de su ámbito de actuación.³⁹ Ahora bien, la

38. La aplicación de la Ley estatal 16/2002, de 1 de julio, parece quedar descartada de conformidad con su ámbito de aplicación, que afecta sólo a ciertas actividades incluidas en su anexo I sometidas a autorización ambiental.

39. Ley 1/1998, de 8 de enero, de régimen jurídico de los espectáculos públicos y actividades clasificadas de la Comunidad Autónoma de Canarias, artículo 2.3, que excluye de su ámbito las celebraciones que "supongan el ejercicio de derechos fundamentales en el ámbito laboral, religioso, político y docente".

En otros casos, la legislación no excluye expresamente a los usos religiosos, aunque tampoco los incluye expresamente. Es el caso de la LIIAA de 1998. Debe decirse que una lectura de la misma da a entender que no tenía prevista la cuestión de los locales religiosos, con una problemática específica, distinta a un taller o una cafetería. Su posible aplicación vendría de la mano:

—Bien del anexo II.2, como sujeción a licencia ambiental por vía del "cajón de sastre" allí previsto (es decir, lo que no está ya previsto expresamente en anexo I o III). Pero cabría plantearse si un local religioso tiene impacto ambiental suficiente como para exigir razonablemente una *licencia ambiental* de las previstas en esta norma.

—Bien del anexo III, es decir, exigiendo comunicación previa, en aplicación del último punto referido a establecimientos públicos como cafeterías, etc. ¿Pero es realmente asimilable un centro religioso a los supuestos allí previstos? Esta comunicación previa puede sustituir (en idénticos casos, pues, no ampliándolos) en licencia de apertura, a través de ordenanza local (artículo 41.3 de la LIIAA). Es el caso, por ejemplo, de Barcelona, con su normativa municipal complementaria sobre las actividades sometidas a licencia municipal de apertura. Su artículo 2 establece que la licencia municipal sustituye a la comunicación previa en el caso de las actividades del anexo III de la LIIAA y, además, se aplica a todas las demás actividades no sometidas a potestad autorizatoria (excepto las incluidas en un anexo que contiene esta norma municipal, que no se someten a licencia de apertura, sí a comunicación previa. Este anexo no se refiere a locales religiosos, lo que hace suponer que en realidad no se pensó en los usos religiosos, lo que parece que hace necesaria licencia municipal de apertura para locales religiosos.

Además, esa licencia podría exigir estudio de impacto acústico (artículo 18 de la Ley catalana de 2002) si deriva de la LIIAA o si, sin venir exigida por la LIIAA: 1) es susceptible de generar ruido; 2) el ayuntamiento lo justifica en un informe fundamentado (artículo 20).

no-sumisión a licencia de apertura de un local religioso no supone una correlativa *patente de corso* para desarrollar las prácticas religiosas en cualesquiera condiciones de seguridad, salubridad y de afectación de derechos de terceros. En este sentido, las *ordenanzas locales* pueden tener un papel relevante de nuevo en la especificación de los requisitos necesarios para que estos locales permitan una práctica religiosa compatible con el orden público, pudiendo intervenir la autoridad municipal ante cualquier incumplimiento de dicha normativa.

Finalmente, *habría que considerar la posible exigencia de licencias previstas en la legislación de establecimientos de pública concurrencia*. En principio, será necesario examinar con detalle la legislación autonómica sobre el particular. Si tomamos como ejemplo el caso catalán de la Ley sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos, número 10/1990, de 15 de junio, y el Decreto 239/1999, de 31 de agosto, no parece que las celebraciones religiosas encajen en su catálogo, pues no estamos ante un espectáculo ni tampoco parece que ante una actividad cultural y social, atendiendo a las definiciones normativas establecidas. En cambio, la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Madrid, opta por excluir expresamente de su ámbito de aplicación “las actividades privadas, de carácter familiar o educativo que no estén abiertas a la pública concurrencia, así como las que se realicen en el ejercicio de derechos constitucionales consagrados en la Constitución” (artículo 3).

4. Algunas reflexiones jurídicas para el debate. Políticas públicas posibles dentro del marco jurídico existente. Proposiciones de *lege ferenda*

4.1. La peculiaridad de los equipamientos religiosos. ¿Sería conveniente una regulación legal específica? Los estándares urbanísticos y el papel de las ordenanzas locales

A la vista de todo lo expuesto, los equipamientos religiosos demuestran tener unas peculiaridades específicas, derivadas de su conexión con el derecho fundamental del artículo 16 de la CE y de su papel en las dinámicas de integración social. Quizá esta peculiaridad les haría merecedores de una regulación más cuidada.

Desde el punto de vista del legislador, la legislación orgánica que desarrolla el artículo 16 de la CE quizá podría intentar ocuparse de algunas cuestiones urbanísticas esenciales, conectadas a la ubicación apropiada de

los centros religiosos, a la manera que vimos que hace el legislador norteamericano, partiendo de la posible conexión de estos aspectos con las competencias previstas en el complejo artículo 149.1.1 de la CE.

Por su parte, el legislador urbanístico autonómico podría cuidar mucho más el establecimiento de estándares urbanísticos,⁴⁰ fijando específicos estándares para este tipo de equipamientos, en la línea de la experiencia de Singapur expuesta. De igual modo, podría ser interesante insistir en las conexiones entre planeamiento y transporte, a fin de asegurar la integración adecuada de los centros religiosos en el territorio, en la línea de lo previsto por alguna moderna legislación autonómica ya citada.

Finalmente, la posible sujeción de la apertura de centros religiosos a licencia de apertura deberá ser considerada desde los parámetros ofrecidos por los artículos 16 y 53.1 de la CE y el respeto del principio de proporcionalidad. Se detecta en la actualidad una falta de consideración de los usos religiosos, conectada con una determinada situación e inercia histórica que, sin embargo, está cambiando rápidamente. Es probable que el legislador deba considerar con mayor atención este punto. En cualquier caso, no cabe despreciar el papel que pueda corresponder a las ordenanzas locales, dentro del debido respeto al principio de legalidad, en la fijación de los requisitos que los locales destinados al culto deban reunir desde el punto de vista de la seguridad, la salubridad y el respeto de los derechos de terceros (supuesto, por ejemplo, del ruido que pueda molestar a los vecinos en el caso de locales ubicados en los bajos de bloques de pisos).

4.2. Ordenación del territorio y religión. ¿Sería conveniente un cambio de perspectiva en la adopción de decisiones territoriales con impacto religioso?

Otro elemento a tener en cuenta es el elemento de la *escala* territorial adecuada en la regulación de los usos religiosos. Las presiones vecinales pueden hacer difícil una ordenación racional municipal, lo que puede conducir a fenómenos de NIMBY que generen una repartición desigual sobre el territorio de estos equipamientos, ligados, como se expuso, a la articulación a su alrededor de un tejido social determinado, lo que puede influir, entre otros aspectos, en la decisión de escoger la vivienda.

En este contexto, parece razonable advertir que un modo de escapar a las presiones localistas y de conseguir una distribución equilibrada de los usos religiosos

40. Aunque este punto merezca una mayor atención de la que ahora podemos dispensarle, estamos de acuerdo con Bassols Coma cuando en el prólogo al libro de MORENO LÓPEZ, Juan Luis, *Dotaciones, equipamientos urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1999, pág. 23, señala la necesidad de la

existencia de estándares armonizados a nivel autonómico y en casos puntuales incluso a nivel estatal, con el fin de lograr un desarrollo sostenible.

sobre el territorio podría consistir en confiar a la *ordenación del territorio* esta tarea. Efectivamente, los planes supramunicipales autonómicos podrían hallarse en una situación apropiada para diseñar, con pleno respeto de la autonomía municipal, un mapa racional de los usos religiosos en un ámbito superior al de un sólo municipio.⁴¹

4.3. Protección de la efectiva libertad religiosa y gestión urbanística: a propósito de la cesión de suelos para la construcción de templos y su instrumentación jurídica

Como hemos destacado a lo largo de este trabajo, la libertad religiosa impone a los poderes públicos no sólo el deber jurídico de no inmiscuirse en el desarrollo de la misma, sino también el deber positivo de garantizarla. En este sentido, el artículo 16 de la CE establece lo que se ha denominado una confesionalidad o laicidad positiva. En este sentido, la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional número 46, de 15 de febrero de 2001 (ponente Pablo García Manzano) ha señalado que la libertad religiosa es más que una mera protección frente a injerencias públicas, es también una “actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional”.⁴²

Este entendimiento de la libertad religiosa, justamente, explica, por ejemplo, que en el caso francés se hayan impulsado políticas públicas de ayuda y de promoción de la construcción de lugares de culto. Así, por ejemplo, desde los años treinta del pasado siglo, se ha hecho uso de la fórmula jurídica del *bail emphytéotique*: los municipios ceden suelo a cambio de la entrega de un canon simbólico anual. La cesión dura noventa y nueve años y, al finalizar ésta, tanto el terreno como el edificio construido por los privados se incorporan al patrimonio municipal.⁴³

En España tales políticas positivas de promoción son perfectamente posibles también, existiendo diversos instrumentos jurídicos preparados ya para articularlas en nuestro propio ordenamiento. Así, ahora sólo queremos citar dos posibles conectadas con el ámbito urbanístico: el *derecho de superficie* y las *cesiones gratuitas de bienes*.

En cuanto al *derecho de superficie*, simplemente apuntar que el mismo se halla regulado en el ámbito

urbanístico por los artículos 287 y siguientes del Real decreto legislativo 1/1992, preceptos que han resistido el embate de la Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional. Esta regulación debe completarse con la que hayan dictado las comunidades autónomas en el ámbito de sus propias competencias (por ejemplo, el artículo 162 de la Ley catalana 2/2002).

Por lo que se refiere a las *cesiones gratuitas*, existe normativa de *patrimonio* –tanto estatal (Ley de patrimonio del Estado, artículos 33, 45 ó 74)– como autonómica –así, por ejemplo, el artículo 21.2 de la Ley 11/1981, de 7 de diciembre, del patrimonio de la Generalitat de Cataluña–, normativa *local* –el artículo 79.2 del TRRL, el artículo 109.2 del RBCL y la normativa autonómica (por ejemplo, los artículos 49 y siguientes del Decreto catalán 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de patrimonio de los entes locales)– y normativa *urbanística* –en el ámbito autonómico, por ejemplo, el artículo 159 de la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo– que prevén esta posibilidad. Algunos de estos preceptos incluso se refieren *explícitamente a la posibilidad de cesiones de bienes de titularidad pública para la construcción de lugares de culto*: es el caso del artículo 45 de la Ley de patrimonio del Estado o del artículo 21.2 de la Ley catalana 11/1981, mientras que el artículo 159 de la Ley catalana 2/2002 se refiere en general a “equipamientos comunitarios”.

En definitiva, como señala González Bustos, las cesiones de bienes inmuebles para el culto suponen “la promoción de fines religiosos”, lo que es, en definitiva, “una garantía al derecho fundamental de libertad religiosa”.⁴⁴

En cualquier caso, toda actividad positiva pública dirigida a ayudar a la construcción de lugares de culto debería tomar en cuenta la normativa comunitaria, especialmente los artículos 86 y 87 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Aunque no es posible ahora profundizar sobre este aspecto, deben tenerse en cuenta, cuanto menos, dos elementos. En primer lugar, que la normativa comunitaria contiene una regulación referida a *cuándo* son realmente aplicables las limitaciones en ella contenidas, juntamente con una serie de *excepciones* a su puesta en marcha.⁴⁵ En segundo lugar, que existe ya alguna sentencia del Tribunal Supremo afrontando la cesión de suelo para el

41. Sobre el respeto de la autonomía local por parte de los planes supramunicipales que establecen regulaciones de usos, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2003 (ponente, Yagüe Gil), en referencia a los planes insulares de ordenación territorial.

42. Téngase en cuenta el artículo 2.3 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, ya citado. En este sentido, la reflexión del Tribunal Constitucional nos introduce en un aspecto de mayor calado. Se trata de la similitud en la estructura de los denominados derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, por cuanto tanto unos como otros incorporan obligaciones tanto negativas como positivas respecto de los poderes públicos. Sin ánimo de

profundizar ahora en esta interesante cuestión, véase el destacable estudio de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, especialmente las páginas 21 y ss.

43. Véase BOYER, A., *Le droit des religions en France*, PUF, 1993, págs. 129 y 130.

44. GONZÁLEZ BUSTOS, M. A. *Los bienes de propios*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 234, nota 34.

45. Pese al año de su edición, sigue siendo de gran interés el trabajo de MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991, especialmente las páginas 87 y siguientes.

logro de finalidades de interés general, si bien en un ámbito de actuación distinto a la promoción de fines religiosos, aceptando, en principio, su compatibilidad con la libre competencia y el Derecho comunitario.⁴⁶

4.4. El importante papel judicial en la defensa de la libertad religiosa territorializada

Finalmente, quiero insistir en un aspecto ya destacado en otros trabajos míos anteriores. Se trata del necesario compromiso judicial en la efectividad de los derechos constitucionales, partiendo especialmente del marco diseñado por los artículos 9.2, 24.1, 53 y 106.1 de la CE. Es decir, no son posibles jueces indiferentes al impacto urbanístico sobre la libertad religiosa.

Para evitar esa indolencia proscrita constitucionalmente, los jueces de lo contencioso-administrativo tienen a su disposición una panoplia de instrumentos técnicos de control, en los que ahora no vamos a entrar detalladamente, aunque sí merece la pena, al menos, mencionar algunos.

Así, el escrutinio cuidadoso del *procedimiento* seguido para el ejercicio de la potestad de planeamiento, a fin de garantizar el despliegue de una *buena administración* y evitar la *arbitrariedad* en el desarrollo de la discrecionalidad urbanística, se revela como un modo de control eficaz. A tal escrutinio hemos aludido a lo largo del trabajo, al insistir en la necesidad de que las decisiones urbanísticas con impacto religioso estuvieran consistentemente fundadas. Control que ha de encontrar en la memoria de los planes un firme asidero.⁴⁷

Por otro lado, el *principio de proporcionalidad* puede ser de gran utilidad en el control judicial del grado de intervención pública sobre la libertad religiosa en la regulación del territorio, como también se advirtió.

5. Para concluir provisionalmente. Una realidad fáctica y una posibilidad jurídica: el peso de la historia y las *affirmative actions* en relación con determinadas confesiones religiosas

De todo lo expuesto, es posible señalar, para finalizar, una serie de elementos destacables:

a) Se detecta una falta de atención doctrinal, legal y jurisprudencial sobre las relaciones entre libertad religiosa y urbanismo. Falta de atención que puede achacarse a distintos factores, entre ellos tanto a los paradigmas predominantes tradicionalmente en el Derecho

urbanístico preconstitucional como el hecho histórico incontestable de la destacada confesionalidad del Estado español.⁴⁸ Confesionalidad que ha empapado el ordenamiento jurídico urbanístico a lo largo de siglos.

Para quien tenga interés en comprobarlo, baste como muestra dos botones relativamente recientes. El Real decreto de 19 de abril de 1905 pone de relieve como el Estado español costeaba con fondos públicos obras de construcción y reparación de templos parroquiales, catedrales, colegiales seminarios, palacios episcopales, conventos, etc. (las denominadas obras extraordinarias, realizadas de acuerdo con el Concordato de 1851 y el Convenio adicional de 1859). En pleno régimen franquista y bajo el Concordato de 1953, el Decreto número 736, de 5 de abril de 1962 (por cierto, formalmente no derogado) preveía reservas para la construcción de edificios religiosos en “núcleos de población formados en su totalidad o, al menos, en el cincuenta por ciento de las edificaciones incluidas en su perímetro, por viviendas acogidas a cualquier régimen de protección estatal” (artículo 1), reservándose “el suelo necesario en promociones de más de mil viviendas”, (artículo 6), corriendo su financiamiento a cargo del Instituto Nacional de la Vivienda, bien de forma indirecta (si era el promotor quien los construía, mediante beneficios económicos concedidos al mismo), bien de forma directa, tanto si era el Instituto quien los construía, “por propia iniciativa o a petición del Ordinario diocesano” (artículo 4.2), debiéndose reintegrar, sólo en el segundo caso, los gastos ocasionados, en un plazo de veinticinco años y sin que se devengara “interés alguno”, como si el Instituto aportaba gratuitamente los terrenos (artículo 6).

Esta última constatación nos introduce en un tema complejo, que queremos dejar ahora simplemente apuntado, en conexión con lo expuesto *supra* en 4.3. La situación histórica descrita, ¿obligaría a los poderes públicos ahora a compensar a aquellas confesiones históricamente perseguidas para equilibrar la protección otorgada en su momento a otras? Es decir, ¿son posibles o incluso debidas jurídicamente las *acciones positivas* en este campo?, ¿son deseables como política pública? Mientras que no nos compete responder al segundo interrogante sobre su bondad como política pública compensatoria, sí podemos señalar que diversas sentencias del Tribunal Constitucional parecen dejar la puerta abierta a la posibilidad (¿obligatoriedad?) de instrumentar acciones positivas en este campo, de acuerdo

46. Véase la STS de 26 de febrero de 2002 (ponente, Xiol Ríos), en relación con la promoción pública de viviendas. En el caso concreto se trataba de la cesión de suelo a una empresa pública municipal.

47. Véase, por ejemplo, el interesante artículo 59 de la Ley catalana 2/2002, que conecta la memoria de los planes con la participación ciudadana y el desarrollo sostenible. En general, sobre el papel del procedimiento en el

logro de una buena administración, puede consultarse PONCE SOLÉ, J. *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

48. Un interesante y reciente análisis de esta historia puede hallarse en CALLAHAN, W. J., *La Iglesia católica en España (1875-2002)*, Crítica, 2003.

con el ordenamiento vigente y siguiendo la estela de actuaciones emprendidas en otros países de nuestro entorno.

Así, la STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8, ha señalado que no son aceptables las discriminaciones encubiertas, entendidas como *“aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo”*.

De igual modo, la STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5, ha señalado que:

“La incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. [...] por otra parte, la modulación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias en los términos del artículo 14, a las acciones diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección [...]”

b) La técnica legislativa en este ámbito puede depurarse más, orientando la necesaria discrecionalidad local mediante el uso de técnicas como, por ejemplo, los estándares referidos específicamente a equipamientos religiosos.

c) El planeamiento urbanístico y el territorial deben tener aquí un papel importante. Tanto el planeamiento supramunicipal como el municipal, encuadrado éste por el primero, deberían ponderar el elemento religioso en su vertiente territorial, previendo tanto la existencia de suficientes equipamientos, como su pluralidad y su adecuada ubicación, desde su consideración como vectores de integración y cohesión social.

d) La aconfesionalidad o laicidad positiva del artículo 16 de la CE puede demandar actuaciones positivas públicas en el ámbito urbanístico, a fin de garantizar, realmente, el libre desarrollo de las prácticas religiosas de los ciudadanos y ciudadanas de nuestra sociedad pluricultural. ■

Protección de datos personales y padrón municipal (II)¹

1. Otros aspectos relevantes de la LOPD.

1.1. Creación del padrón municipal y designación de la autoridad responsable y encargado del tratamiento. 1.2. El registro de ficheros en la Agencia de Protección de Datos y las medidas de seguridad. Su aplicación al padrón municipal.

2. Acceso a los datos contenidos en el padrón municipal.

2.1. El régimen jurídico del acceso a los datos del padrón. 2.2. Uso de los datos por los distintos servicios y órganos del ayuntamiento. 2.3. Acceso por otras administraciones públicas: una interpretación constitucionalmente adecuada del deber de colaboración interadministrativa. 2.4. Acceso de terceros particulares.

3. Gestión externa del padrón: acceso por cuenta de terceros.

4. Bibliografía.

Ignacio Villaverde Menéndez
*Profesor titular de Derecho Constitucional
de la Universidad de Oviedo*

1. La primera parte de este artículo se publicó en el QDL, 1, de febrero de 2003.

1. Otros aspectos relevantes de la LOPD

Conviene reparar también en otras dos cuestiones capitales de la aplicación de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD) a esta materia. Una de ellas se refiere a las normas relativas a la creación y el funcionamiento del padrón municipal y de otros posibles ficheros en poder del municipio. La otra es la relativa al registro del padrón en la Agencia de Protección de Datos (en adelante, APD) y las medidas de seguridad.

1.1. Creación del padrón municipal y designación de la autoridad responsable y encargado del tratamiento

Según el artículo 20 de la LOPD los ficheros de titularidad pública, entre los que se cuenta, desde luego, el padrón municipal, sólo pueden crearse, modificarse o suspenderse mediante disposiciones de carácter general publicadas en un diario oficial. Indudablemente, para el caso del padrón municipal, esa norma es la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LBRL).

Si bien esta LBRL, o el Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales aprobado por el Real decreto 1690/1986, de 11 de julio (modificado por el Real decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, en adelante, RPT), regulan la mayoría de los extremos que el apartado 2 del aludido artículo 20 de la LOPD exige que contenga,² adolece de omisiones de importancia. La LBRL y el RPT no identifican quien sea el responsable del fichero, ante quién pueden ejercitarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, ni regulan las medidas de seguridad.

La primera de ellas es la referida a la identificación de “los órganos administrativos responsables del fichero”. Cuestión nada baladí, ya que el responsable del fichero o del tratamiento es una figura crucial en el régimen de protección de datos, pues sobre ella recaen una serie extensa de obligaciones impuestas por la LOPD, y, además, es el responsable a efectos del régimen sancionador de la

LOPD según fija su artículo 43.³ Según la propia LOPD, el “responsable del fichero o tratamiento” es la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo que decida sobre la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento” [artículo 3.d) de la LOPD].

Pues bien, en el caso del padrón municipal el artículo 17.1 de la LBRL erige al ayuntamiento en responsable de su mantenimiento, revisión y custodia, lo que convierte al alcalde, en mi opinión, conforme lo dispuesto en el artículo 21 de la LBRL [en particular la letra s) de su primer apartado] en el órgano materialmente responsable del fichero o tratamiento a los efectos de la LOPD, sin perjuicio de que pueda delegar esa función con arreglo a lo previsto en el apartado 3 de ese mismo artículo 21.

En efecto, la LOPD no designa obviamente al alcalde como tal responsable, ni hay norma estatal o autonómica⁴ que así lo haga. No obstante, es el alcalde quien ejercer materialmente el poder de disposición sobre el uso, fin y contenido del padrón en su condición de presidente de la corporación, director y máximo responsable del gobierno y la administración municipales [artículo 21.1.a) y d) de la LBRL, artículo 41.2, 6 y 27 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales –en adelante, ROF–]. En rigor, debería decirse que sólo dispone jurídicamente sobre el uso del padrón municipal, ya que su finalidad y contenido están fijados taxativamente en la LBRL. Así pues, en principio, las decisiones relativas a ese uso, y entre ellas las que supongan la cesión de datos (esto es, el acceso por terceros al padrón), le compete tomarlas al alcalde (o persona en quien delegue).

No se olvide que la APD ha considerado en sus resoluciones responsable del fichero o del tratamiento a quien dispone del uso y destino de los datos personales, de manera que esta figura se desliga de la propiedad, posesión jurídica o física de los datos o de los ficheros. Por consiguiente, para la APD, responsable del fichero es quien decide sobre el destino y uso de los datos personales aunque no sean de su propiedad, no los posea o no tenga acceso físico a ellos.⁵

2. Así es, ya que la LBRL regula la finalidad del fichero y sus usos (artículos 15, 16 y 17.3 de la LBRL, artículos 53 y 54 del RPT), el colectivo de personas obligadas a suministrar los datos (artículo 15 de la LBRL, artículo 54 del RPT), el procedimiento de recogida de esos datos y su gestión (artículo 17 de la LBRL, artículo 60 y ss. del RPT, y Resolución de 9 de abril de 1997 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 1 de abril, de la presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del director general de Cooperación Territorial, por la que se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre la gestión y revisión del padrón municipal; recuérdese que para el caso de aquellos ayuntamientos que por su limitada capacidad no puedan gestionar por sí mismos el padrón, dicha gestión puede ser asumida por las comunidades autónomas uniprovinciales, las diputaciones o los cabildos y consejos insulares, artículo 17.1 de la LBRL, artículo 60.2 del ROP), estructura del fichero y los datos que debe contener (artículo 16 de la LBRL, artículo 57 del RPT), las cesiones de datos previstas (artículo 16.3 y 17.3 de la LBRL).

3. Sobre esta figura y sus obligaciones pueden consultarse entre otros APARICIO SALOM, Javier, *Estudio sobre la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 97 y ss.

4. Ni la Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal de la Comunidad de Madrid, ni la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, disponen nada al efecto. Esta indefinición se refleja en la citada ley madrileña, cuyo artículo 7 trata de aquilatar la figura, estableciendo que en principio es responsable aquel designado como tal en la norma de creación del fichero, y, en su caso, cuando concurren distintos órganos con competencias sobre el fichero en cuestión, será responsable “el órgano titular de la función específica en que se concrete la competencia material a cuyo ejercicio sirva instrumentalmente el fichero” (artículo 7.2).

5. Criterio mantenido por la APD en sus resoluciones, por ejemplo, las 150/2001 y 617/2002, y confirmado por la Audiencia Nacional en sentencias como la de 21 de junio de 2002.

Con todo, cabría sostener que el responsable del fichero o del tratamiento podría ser el órgano titular de aquella función “en que se concrete la competencia material a cuyo ejercicio sirva instrumentalmente el fichero”, como reza el artículo 7.2 de la Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal de la Comunidad de Madrid. En tanto el padrón está a disposición de todos los órganos del ayuntamiento cabría inducir de ello que el responsable del fichero sería aquel órgano municipal que haga uso en cada caso del padrón, en tanto es ese órgano el que decide sobre el destino y uso de los datos en él contenidos. Sin embargo, no es ésta mi opinión, porque el alcalde sigue ejerciendo un poder superior y último de control y disposición sobre el uso del padrón en ejercicio de las atribuciones antes aludidas y es sobre él sobre quien recae la responsabilidad última sobre el uso que se haga del mismo.

Ahora bien, nada de lo dicho impide que el alcalde delegue la dirección y gestión del padrón municipal [artículo 43.5.b) del ROF] y que el responsable del fichero pueda ser el órgano titular de esa competencia (por ejemplo, un teniente de alcalde).⁶ Por otro lado, la circunstancia de que sea el alcalde (u órgano en quien delegue) el responsable del fichero no debe plantear mayores dificultades de gestión, ya que las obligaciones derivadas de esa condición no son distintas a otras que recaen también en él en aplicación de la LBRL y sus normas de desarrollo.

No debe confundirse la figura del responsable del fichero o del tratamiento con el encargado del tratamiento (artículo 12 de la LOPD) y con el responsable de seguridad (artículo 1 del Real decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal). El primero de ellos, el encargado del tratamiento, es “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o juntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento” [artículo 3.g) de la LOPD]. El segundo es “la persona o las personas a las que el responsable del fichero ha asignado formalmente la función de coordinar y controlar las medidas de seguridad aplicables” (artículo 2.11 del Real decreto 994/1999).

En suma, el responsable del fichero es aquel que dispone jurídicamente, en lo que ahora importa, sobre el uso del padrón municipal; el encargado del tratamiento (del que algo se dirá al final de este trabajo) es la persona a la que ese responsable puede encargar el tratamiento físico de los datos sin que pueda disponer de

ellos; y, por último, el encargado de seguridad es la persona designada por el responsable para velar por la seguridad de los datos contenidos en el padrón.

Al responsable del fichero le cumple observar una serie de deberes expresamente dispuestos en la LOPD (y precisados en su normativa de desarrollo). Y a ella debe acudir para suplir la laguna que sobre el particular posee la LBRL y el RPT.

Es ante el responsable del fichero, esto es, el ayuntamiento, ante quien deben ejercitarse los derechos de oposición (artículo 6.4 de la LOPD), acceso (artículo 15 de la LOPD en relación con los artículos 12 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan algunos preceptos de la LOPD, y la norma segunda de la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la APD, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación), rectificación y cancelación (artículos 16 de la LOPD, artículos 15 y 16 del Real decreto 1332/94 y norma tercera de la Instrucción 1/1998). Es el responsable quien resuelve sobre las solicitudes de oposición al tratamiento, acceso, rectificación y cancelación de datos en los términos de los preceptos aludidos y en el 24 de la LOPD (“Otras excepciones a los derechos de los afectados”, referidas exclusivamente a restricciones al derecho de información en la recogida de los datos, artículo 5.1 y 2 de la LOPD). El apartado 3 del artículo 13 de la LOPD establece que también es ante el responsable del fichero ante quien debe ejercerse el derecho a recibir información sobre los criterios de valoración y el programa utilizados en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto de valoración personal del afectado objeto de impugnación. Asimismo, el artículo 10 de la LOPD le impone un riguroso deber de secreto.

Además, el responsable del fichero es el encargado de adoptar las medidas de seguridad oportunas (artículo 9.1 de la LOPD) y el obligado a notificar y registrar en el Registro General de Protección de Datos de la APD el fichero en cuestión (artículo 39 de la LOPD en relación con el artículo 5 del Real decreto 1332/1994). Por último, del artículo 37.i) de la LOPD se deduce un deber general de colaboración del responsable del fichero con la APD. Y no puede finalizar este examen de las obligaciones del responsable del fichero sin recordar que con arreglo al artículo 43 de la LOPD está sujeto al régimen sancionador previsto en la LOPD (en los términos del artículo 46, “Infracciones de las administraciones públicas”, por remisión del artículo 43.2 de la LOPD).

Es nuestro parecer que no existe impedimento legal para que los órganos y servicios del ayuntamiento⁷ puedan crear ficheros específicos con datos del padrón

6. Ciertamente no debe ocultarse que la APD podría argumentar que en último término el responsable siempre será el alcalde.

7 Cosa distinta es si se trata de otras administraciones, ya que en ese caso estaremos ante una cesión de datos que se estudiará más abajo.

municipal siempre que se sigan las siguientes reglas. En primer lugar, ese fichero debe ser creado por una disposición general (por ejemplo, una ordenanza municipal o un decreto del alcalde) que ha de publicarse en el pertinente diario oficial con indicación de todos los particulares aludidos en el artículo 20 de la LOPD. En segundo lugar, y en nuestra opinión, el órgano responsable de ese fichero deberá notificar a los afectados su existencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.4 y 5 de la LOPD.

Según este precepto, “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”.

Previendo, no obstante, una serie de excepciones a esa obligación: “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 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.”

Y, finalmente, ese fichero debe inscribirse en el Registro General de la APD (artículo 39 de la LOPD, artículo 5 del Real decreto 1332/1994).⁸

1.2. El registro de ficheros en la Agencia de Protección de Datos y las medidas de seguridad. Su aplicación al padrón municipal

De conformidad con el artículo 39 de la LOPD:

“El Registro General de Protección de Datos.

1. El Registro General de Protección de Datos es un órgano integrado en la Agencia de Protección de Datos.

2. Serán objeto de inscripción en el Registro General de Protección de Datos:

a) Los ficheros de que sean titulares las administraciones públicas.

[...]

e) Los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición.

3. Por vía reglamentaria se regulará el procedimiento de inscripción de los ficheros, tanto de titularidad pública como de titularidad privada, en el Registro General de Protección de Datos, el contenido de la inscripción, su modificación, cancelación, reclamaciones y recursos contra las resoluciones correspondientes y demás extremos pertinente.”

Efectivamente, el capítulo III del Real decreto 1332/1994 regula la inscripción de los ficheros, incluido el padrón, en aquel Registro General, que será de oficio para las administraciones públicas una vez se notifique a la APD la existencia del mismo y su norma de creación (artículos 5, 7 y 8 del Real decreto 1332/1994).⁹

En cuanto a las medidas de seguridad, el mencionado artículo 9 de la LOPD impone al ayuntamiento, en su condición de responsable del fichero (o el encargado del tratamiento si el consistorio ha externalizado la gestión del padrón), el deber de “adoptar las medidas de índole técnica y organizativas 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 acción humana o del medio físico o natural”. Medidas que deben fijarse en la norma de creación del fichero [artículo 20.1.h) de la LOPD], cosa que no hace, como se sabe, ni la LBRL ni el RPT.

No se olvide que el Real decreto 944/1999 establece en el precepto aludido que: “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.”¹⁰

Sigue vigente el Real decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de

8. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones está sujeto a sanción conforme al artículo 44 de la LOPD.

9. En la página web de la APD (www.agenciaprotecciondatos.org) se pueden descargar los formularios para la notificación e inscripción de los padrones. Según datos de la memoria de la APD correspondiente al año 2001, el 95% de los ayuntamientos de más de 4.000 habitantes ya habían registrado sus ficheros. No se olvide que el incumplimiento de esta exigencia de notificación e inscripción constituye una infracción leve o incluso grave, se-

gún el caso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 44.2.c) y 44.3.i) de la LOPD.

10. Recuérdese, no obstante, que el artículo 7 del Real decreto 944/1999 prevé la existencia de ficheros temporales obtenidos de un fichero permanente (por ejemplo, que los servicios del ayuntamiento obtengan del padrón un conjunto de datos específicos de una determinado sector de vecinos para una finalidad específica) que deben tener las medidas de seguridad que su fichero fuente y ser destruidos una vez se hayan utilizado.

seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. Según este reglamento, los padrones sólo exigen la adopción de medidas de seguridad de nivel básico,¹¹ al no contener información relativa a la comisión de infracciones administrativas o penales, a la hacienda pública, servicios financieros; ni datos sobre la ideología, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual de los inscritos; ni datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas, ni parece que los padrones contengan datos de carácter personal suficientes que permitan obtener una evaluación de la personalidad del individuo (artículo 4 del Real decreto 944/1999).

En consecuencia, y según dispone el capítulo II del Real decreto 944/1999, el ayuntamiento debe elaborar un “documento de seguridad” de obligado cumplimiento para todo aquel personal del consistorio con acceso a los datos del padrón, que debe regular las cuestiones que siguen (artículo 8 del Real decreto 944/1999):¹²

“a) Ámbito de aplicación del documento con especificación detallada de los recursos protegidos.

b) Medidas, normas, procedimientos, reglas y estándares encaminados a garantizar el nivel de seguridad exigido en este reglamento.

c) Funciones y obligaciones del personal.

d) Estructura de los ficheros con datos de carácter personal y descripción de los sistemas de información que los tratan.

e) Procedimiento de notificación, gestión y respuesta ante las incidencias.

f) Los procedimientos de realización de copias de respaldo y de recuperación de los datos.”¹³

Igualmente, entre esas medidas de seguridad básicas están las relativas a la creación de un “registro de incidencias” (artículo 10),¹⁴ y lo que resulta de capital importancia: el establecimiento de un protocolo de autorización, acceso e identificación de los usuarios del fichero (artículo 11 y 12). Según estos preceptos, es al ayuntamiento como responsable del fichero a quien compete establecer la relación de usuarios (hay que entender por usuario aquel personal de los órganos y servicios del ayuntamiento con acceso al padrón) autorizados para acceder a los datos del padrón en función del tipo de datos y recursos que precisen para el desarrollo de sus funciones. En ese protocolo se establecerán los siste-

mas de acceso y autenticación, y las medidas adoptadas para evitar los accesos no autorizados.

2. Acceso a los datos contenidos en el padrón municipal

La LOPD denomina “cesión” a todo acceso a los datos contenidos en un fichero. Con arreglo a lo establecido en el artículo 3.i) de la LOPD, se consideran “cesiones o comunicaciones” de datos, esto es, accesos a los mismos, “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”. Así pues, una cesión o comunicación de datos, un acceso a los mismos, tiene lugar, parafraseando la ley italiana (*Legge n. 675 della tutela delle persone e di altri soggetti al trattamento dei dati personali*) en su artículo 3.2.g), si se dan a conocer a persona distinta al interesado los datos contenidos en el fichero en cuestión.

En consecuencia, todo acceso a datos contenidos en el padrón, así como cada vez que se da a conocer a un tercero, público o privado, esos datos, es una cesión a los efectos de la LOPD. Lo que es sumamente importante, ya que, y en la medida en la que el Padrón está sujeto a la LOPD, esos accesos están sometidos al estricto régimen que sobre el particular fija la LOPD en su 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.

11. Dice el artículo 4.5 del Real decreto 944/1999: “Cada uno de los niveles descritos anteriormente tienen la condición de mínimos exigibles, sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias específicas vigentes.”

12. En la actualidad todas las administraciones públicas deben haber adoptado las medidas de seguridad. Véase el Real decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implementar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados previstas por el reglamento aprobado por el Real decreto 944/1999, de 11 de junio.

13. El mismo artículo 8 señala en su apartado 3 que “el documento deberá mantenerse en todo momento actualizado y deberá ser revisado siempre que

se produzcan cambios relevantes en el sistema de información o en la organización del mismo”; y en su apartado 4: “El contenido del documento deberá adecuarse, en todo momento, a las disposiciones vigentes en materia de seguridad de los datos de carácter personal.”

14. “El procedimiento de notificación y gestión de incidencias contendrá necesariamente un registro en el que se haga constar el tipo de incidencia, el momento en que se ha producido, la persona que realiza la notificación, a quién se le comunica y los efectos que se hubieran derivado de la misma.”

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 comunicar.

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.”

Lo que debe ponerse en inmediata relación con lo dispuesto para los ficheros públicos en el artículo 22 de la LOPD:

“Comunicación de datos entre administraciones públicas.

1. Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo *cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso* (este inciso en cursiva ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, del Tribunal Constitucional), o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

2. Podrán, en todo caso, ser objeto de comunicación los datos de carácter personal que una Administración pública obtenga o elabore con destino a otra.

3. No obstante lo establecido en el artículo 11.2.b), la comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles

al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa.

4. En los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del presente artículo no será necesario el consentimiento del afectado a que se refiere el artículo 11 de la presente ley.”

Y en esas cesiones cabría encuadrar desde el acceso a los datos del padrón de los distintos órganos y servicios del ayuntamiento, hasta el acceso de particulares al mismo.

Debe traerse a colación de nuevo la tesis aquí defendida según la cual el padrón, en su condición de registro público de vecinos, no está sometido a lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a pesar de la dicción del artículo 16.3 de la LBRL:

“Los datos del padrón municipal se cederán a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado solamente 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. También pueden servir 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 registrará por lo dispuesto en la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.”

Ya se dijo en el epígrafe 2.3.2 de la primera parte de este opúsculo¹⁵ que el acceso a los datos del padrón, en cuanto registro público de los vecinos del municipio, es de aquellos que el propio artículo 37.6.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, remite a su específica regulación legal, en este caso, LBRL y RPT.

Cierto que el mencionado artículo 16.3 de la LBRL provocaría un remedo de efecto circular, ya que no sólo hay que considerar que remite a la hoy vigente LOPD, sino que lo hace también a la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Hay que señalar, no obstante, que, a nuestro juicio, el régimen general de acceso a los datos del padrón es el fijado en la LOPD y no en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que el acceso al padrón es por su naturaleza una modalidad de cesión de datos personales [son datos todos ellos que permiten identificar o identifican a una persona concreta, artículo 3.a) de la LOPD] y no un simple acceso a un registro público, por

15. Cuadernos de Derecho Local, núm.1, 2003, págs.100 y 101.

lo que regular ese acceso a datos personales constituye un desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos personales que, por imperativo del artículo 81.1 de la CE, sólo puede encontrar acomodo en la citada LOPD; y cuya regulación de su ejercicio se precisa en la LBRL (y su desarrollo técnico en el RPT), pudiendo tener lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como normativa supletoria en todo lo no regulado en la LBRL sobre el ejercicio del derecho fundamental de protección de datos personales y en el régimen orgánico-funcional del padrón.

De no entenderlo así, la LOPD y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, incurrirían en insolubles contradicciones. Por ejemplo, la LOPD, desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (por eso es en un precepto orgánico), establece en el artículo 15, en relación con los artículos 23 y 24, respecto del derecho de acceso por el interesado a sus datos, y el artículo 11 en relación con el artículo 21, que norman el acceso a los datos personales por terceras personas distintas al interesado, que chocan frontalmente con lo dispuesto en el artículo 37.2, 3 y 7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.¹⁶

En efecto, el interesado sólo podrá ver limitado su derecho de acceso a los datos que sobre su persona tuviese el padrón, en los términos exclusivos del artículo 105.b) de la CE y 23 de la LOPD:¹⁷ para proteger los derechos fundamentales de terceros, si afecta a la seguridad y defensa del Estado o a la persecución de los delitos, o si obstaculiza las acciones tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias (artículo 31 de la CE). Fuera de estos supuestos, toda restricción al derecho de acceso a los datos propios (y, desde luego, si los límites se concretan en normas distintas a la ley orgánica) sería contraria al artículo 18.4 de la CE. Así se deduce también de lo dicho por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 292/2000, en su fundamento jurídico 9:

“En cuanto a los límites de este derecho fundamental no estará de más recordar que la Constitución menciona en el artículo 105.b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos ‘salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas’ (en relación con el artículo 8.1 y 18.1 y 4 de la CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la CE [por citar las más recientes, STC 166/1999,

de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a), y ATC 155/1999, de 14 de junio]. Y las STC 110/1984 y 143/1994 consideraron que la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria (artículo 31 de la CE) como bienes y finalidades constitucionales legítimas capaces de restringir los derechos del artículo 18.1 y 4 de la CE:

“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 sigs.), o la persecución de infracciones penales (*mutatis mutandis*, STEDH, casos Z, de 25 de febrero de 1997, y Funke, 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).”

A lo que añadió en su fundamento jurídico 11:

“Más concretamente, en las sentencias mencionadas relativas a la protección de datos, este Tribunal ha declarado que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6, y respecto del artículo 18, la STC 110/1984, FJ 5).

“[...] 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 coexisten-

16. No se olvide que los artículos 21, 22, 23 y 24 de la LOPD no son orgánicos, disposición final segunda de la LOPD.

17. Concordantes con lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respec-

ta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos.

cia 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, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional”.¹⁸

Pues bien, a la vista de lo dicho es bien evidente que no cabe oponer como límite a ese acceso ninguna de las restricciones previstas en el citado artículo 37 Ley 30/1992. Así en su apartado 7 se dice que: “El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias [...]”, cuando

la eficacia del servicio no es un bien constitucional, ni posee cobertura constitucional la prohibición de peticiones de acceso genéricas; y, además, por un lado la STC 254/1993 ya señaló que ninguna de estas razones es idónea para limitar un derecho fundamental, y la 292/2000, por el suyo, anuló incisos del artículo 24 de la LOPD por considerar que no hacía sino habilitar en blanco a la Administración pública la decisión sobre cuándo autorizar ese acceso, cosa que es lo que viene a hacer el mencionado apartado 7 del artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Otro tanto cabe decir de las cesiones (accesos de terceros), donde el artículo 37 Ley 30/1992 distingue entre datos íntimos y lo que no los son, lo que desde la LOPD y la STC 292/2000 carece de relevancia a los efectos de la protección de datos personales; y, además, hace caso omiso del desarrollo que el artículo 11 y 21 de la LOPD han hecho del derecho a consentir esa cesión, que como el Tribunal Constitucional ha subrayado en la STC 292/2000 integra el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales. Fuera de los casos de los aludidos preceptos de la LOPD no es posible una comunicación de datos a personas distintas al afectado, lo que también deja inerte la aplicación del artículo 37 de la Ley 30/1992.

En este epígrafe, tras un examen del régimen general del acceso por terceros a datos personales fijado en la LOPD, examinaremos el acceso por los servicios y órganos del propio Ayuntamiento, por otras administraciones públicas y, finalmente, por particulares.

2.1. El régimen jurídico del acceso a los datos del padrón

En primer lugar, el padrón municipal no es una “fuente accesible al público” del artículo 3.j) de la LOPD¹⁹ y por lo tanto la cesión de sus datos no está excusada, en principio, del previo recabamiento del consentimiento del afectado para la comunicación de sus datos a cualquier tercero (artículo 11 de la LOPD).²⁰ En consecuencia, y

18. Reproches que merecieron justamente, en lo que ahora interesa, el artículo 21.1 y el artículo 24 de la LOPD, y que provocaron la nulidad por inconstitucionalidad de un inciso del primero y del apartado 1 y de todo su apartado 2 del artículo 24 mencionado.

19. Artículo 3.j) de la LOPD: “Fuentes accesibles al público: aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.”

20. El director de la Agencia de Protección de Datos ha hecho hincapié en este extremo en sus comparecencias ante las cámaras parlamentarias. Así, en la 8 de marzo de 1995 (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 447, de 8 de marzo de 1995, pág. 13654 y ss.) decía lo siguiente: “En primer lugar, que el padrón municipal nunca puede cederse a un particular, por-

que una cosa es que los datos del padrón municipal se sometan a la publicidad, y otra cosa es que sean públicos. Se someten a la publicidad para corregir errores, pero eso no significa que esos datos estén en un registro público, porque en el padrón la captación de los datos se hace de una manera obligatoria, pero nunca puede tener la consideración de un registro público; está para otras finalidades y no para la información pública con carácter general. Por tanto, cesiones de administraciones públicas a particulares de datos contenidos en el padrón o de datos contenidos en otros registros, nunca, salvo que estén autorizadas por una ley. Por ejemplo, en la Ley de arrendamientos, para la aplicación de determinadas medidas de desgravación en la renta, a lo mejor es necesario la acreditación del domicilio. Y cesiones entre las propias administraciones públicas sólo las contenidas en el artículo 19, que mientras no se cambie el director de la Agencia lo tiene que seguir aplicando; es decir, las previstas por las normas de declaración del fichero, las que afecten a materias de naturaleza semejante o de finalidad parecida, idónea o similar, y ninguna más, salvo, insisto, las que estén autorizadas por la ley. En esta materia es donde la Agencia de Protección de Datos está estrictamente manteniendo neutralidad, que a veces no es demasiado bien comprendida” (pág. 13658). Al margen de la discrepancia sobre si

como regla general, sólo cabe ceder datos del padrón previo consentimiento (que puede manifestarse tácitamente)²¹ del interesado en los términos del artículo 11 de la LOPD. Y este precepto sólo prevé como excepciones (límites) a este principio general las siguientes:

“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.”

Resultando especialmente importante, en lo que ahora interesa, lo previsto en el apartado a), según el cual una ley puede limitar ese derecho a consentir.²² Asimismo también es capital el apartado 4 del artículo 21 de la LOPD, ya que según dispone no es necesario recabar el consentimiento del interesado cuando los datos de carácter personal recogidos o elaborados por

las administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones sean comunicados a otras administraciones públicas para el ejercicio de competencias idénticas o de competencias que versen sobre materias idénticas, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos, y si en los casos en los que los datos de carácter personal hayan sido obtenidos o elaborados por una Administración pública con destino a otra.

Por otro lado, el apartado 3 de este artículo 11 establece que “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 comunicar”.

En consecuencia, sólo podrán cederse datos del padrón a terceros, públicos o privados, sin previo consentimiento del interesado si una Ley así lo prevé (que deberá ser orgánica) o si la cesión es para cumplir con finalidades idénticas a las que motivaron su recogida o para ejercitar competencias materialmente idénticas a las que justificaron el tratamiento de datos, al margen, desde luego, de las cesiones con fines científicos, estadísticos o históricos, o los supuestos de comunicaciones de datos disociados (artículo 11.6 de la LOPD). Es más, la LOPD, en tanto el artículo 21.1 establece una prohibición, sólo autoriza cesiones entre administraciones públicas²³ cuando así lo prevea una norma con rango de ley (como se desprende de la STC 292/2000) y para perseguir fines idénticos a los que motivaron la recogida y tratamiento de dichos datos. Cesiones que, como hemos dicho, no requieren previo consentimiento del interesado.

Bien se ve que el principio general de calidad de los datos según el cual toda recogida y tratamiento de datos está sometida rigurosamente al fin que motivó su obtención y tratamiento, y del que ha debido ser informado el interesado [artículo 4.1 y 5.1.a) de la LOPD] se

el padrón es o no un registro público, lo que, a nuestro juicio, es una cuestión resuelta por el artículo 16 de la LBRL al afirmar que es un “registro administrativo en el que constan los vecinos del municipio” (y no sólo un “documento” que da fe de la población del municipio, como sostenía el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, como la de 16 de diciembre de 1996, de la Sección Tercera de la Sala Contencioso-Administrativa –Aranzadi 1996/9742–), como así se ha dicho también en la Memoria anual de la APD de 1996, debe repararse en esa afirmación sobre el carácter público, pero no de acceso general, del padrón. Afirmación que contraría, por ejemplo, lo afirmado en contra, al menos en las relaciones interadministrativas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1996 (Aranzadi 1996/7942) de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo.

21. En efecto, la LOPD define el consentimiento en su artículo 3.h): “Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.” Tanto la APD como la jurisprudencia han considerado en todo momento que, salvo los casos exigidos

expresamente por la LOPD (referidos a los llamados “datos sensibles”: religión, ideología, tendencias sexuales, salud, raza, artículo 7 de la LOPD), ese consentimiento se puede manifestar en cualquiera de las formas de prestación válidas en el ordenamiento jurídico español. Así en el “Manual de Protección de Datos” contenido en el CD-ROM con la Memoria anual del año 2000 editado por la APD.

22. Ley que con arreglo a la doctrina de la STC 292/2000 debiera ser orgánica, como la propia LOPD, ya que se trata de un límite directo al contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Esto plantea serias dudas sobre la constitucionalidad formal de las limitaciones que la LBRL, ley ordinaria, impone al derecho constitucional a consentir la cesión de datos; pero esta es ya otra cuestión. Con todo, su constitucionalidad podría salvarse si se considera que aquí la ley ordinaria ha colaborado con la orgánica precisando un caso concreto de comunicación de datos incoherente entre administraciones públicas en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 21 de la LOPD.

aplica con mayor rigor si cabe al campo de las cesiones interadministrativas. La regla general establece que todo tratamiento está ligado a la consecución de un fin determinado, explícito y legítimo (artículo 4.1 de la LOPD) que ha de ser conocido por el interesado [artículo 5.1.a) de la LOPD]. El apartado 2 del artículo 4 de la LOPD establece por su parte que los datos no pueden ser usados para fines incompatibles con los que alentaron su recogida, lo que permitiría, en principio, que los datos obtenidos se trataran o se cedieran para cumplir fines distintos a los originarios siempre que estos nuevos fines fuesen legítimos, explícitos, determinados, conocidos por el interesado y, además, compatibles con aquéllos.

Pues bien, el artículo 21.1 de la LOPD hace aún más rigurosa esa sujeción al fin al prohibir toda cesión de datos (incluso las consentidas por el interesado) entre administraciones públicas si, aun persiguiendo fines compatibles, expresos, determinados, específicos e informados, el dato será empleado para el ejercicio de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas.²³

En segundo lugar, debe distinguirse entre la cesión del padrón en su conjunto, regulado en la ya estudiada disposición adicional segunda de la LOPD,²⁵ y el acceso a datos o grupos de datos específicos del padrón municipal. Según dicha disposición las administraciones del Estado y autonómicas sólo podrán disponer de una copia del padrón a través del Instituto Nacional de Estadística y a los solos efectos de la comunicación de las administraciones cesionarias con los interesados residentes en los respectivos territorios y encuadradas en las relaciones jurídicas que con ellos mantengan en el ejercicio de sus competencias.²⁶

Cosa distinta es el acceso a concretos datos del padrón municipal que será el objeto de estudio justo a continuación.

En tercer lugar, el artículo 10 de la LOPD impone con carácter general un deber de secreto y confidencialidad que alcanza no sólo al responsable del fichero, sino también a “quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos”. Deberes que subsisten aun después de “finalizar sus relaciones con el titular del fichero” o con “el responsable del mismo”.

En cuarto y último lugar, debe distinguirse los datos propios de padrón (artículo 16.2 de la LOPD) de aquellos otros que se incluyen en él a los efectos del censo electoral (artículo 16.2, último párrafo, de la LOPD). Los

que imponga el censo electoral están sujetos al régimen de reserva específico de los datos censales electorales y, por tanto, sólo pueden cederse en los términos fijados por la LOREG. Su presencia en el padrón se explica por el hecho de que es el padrón el censo que nutre el censo electoral, cuyo contenido puede diferir del propio del padrón municipal (artículo 32.1 y artículo 41 de la LOREG, el cual prohíbe cualquier información particularizada del censo, salvo la solicitada por conducto judicial).

2.2. Uso de los datos por los distintos servicios y órganos del ayuntamiento

Como ya se ha dicho más arriba, a nuestro juicio el acceso por los distintos servicios y órganos del ayuntamiento a los datos contenidos en el padrón municipal no es en rigor una cesión de datos de los artículos 11 y 21 de la LOPD, sino un simple tratamiento sujeto a las reglas de los artículos 4, 5 y 6 de la LOPD (que ya han sido estudiadas en la primera parte de este trabajo).²⁷

A pesar de la dicción del artículo 3 de la LOPD, el uso por los distintos órganos y servicios del ayuntamiento del padrón no es una cesión de datos. Y no lo es porque no consista en un acceso de terceros distintos al interesado, que lo es, sino porque el padrón es un tratamiento de datos que realiza el ayuntamiento con el fin de servir como instrumento para el ejercicio de sus competencias. Competencias que materialmente ejercen sus distintos órganos y servicios. En esa medida, que los órganos y servicios del ayuntamiento hagan uso de los datos del padrón (y que incluso creen ficheros permanentes o temporales con datos obtenidos del padrón, sujetándose, claro está, a las reglas ya expuestas de la LOPD) no constituye un supuesto de cesión sino una dimensión del tratamiento de esos datos por el ayuntamiento para el cumplimiento de sus fines propios. Y la APD ha señalado que son fines del padrón, y a ellos debe someterse cualquier uso que del mismo se haga: determinar el domicilio o la residencia habitual de los ciudadanos, la atribución de la condición de vecinos, la determinación de la población del municipio y la acreditación de la residencia y domicilio.²⁸

En este mismo sentido se ha expresado el Gabinete Técnico de la Federación Española de Municipios y Provincias, en cuyo informe de 30 de junio de 2000 ha considerado, y se cita literalmente el resumen de dicho informe, que: “La utilización de la información padronal

23. Y en esto hay que entender que el artículo 21 establece una regla especial que desplaza la aplicación de la general del artículo 11 de la LOPD.

24. La STC 292/2000 anuló por inconstitucional la previsión que ese precepto contenía según la cual la norma de creación de fichero, que bien podía ser de rango infralegal, podía autorizar esas cesiones que no requerían previo consentimiento del interesado según el apartado 4 del ese artículo 21 de la LOPD.

25. Véase lo dicho en el primer epígrafe de este trabajo ya publicado en estos mismos *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, 2003, pág. 90 y ss.

26. Véase la página 352 y siguientes de la Memoria anual del año 2001 de la APD.

27. *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, 2003, pág. 89 y ss.

28. Memoria anual de la APD correspondiente al año 2001, pág. 367; reiterando lo ya expresado en la Memoria de 1999.

por parte de los diferentes servicios de una entidad local no constituye un supuesto de cesión de datos, puesto que en ese flujo no intervienen dos personas o entidades, sino que se desarrolla en el seno de una única entidad jurídica que es el propio ayuntamiento.”

A estos efectos, el padrón es un fichero creado para servir una persona jurídica pública, el ayuntamiento, quien tiene atribuido el poder de uso y disposición jurídicos sobre él. A esa persona jurídica, el ayuntamiento, se reconduce todo uso que del padrón haga cualquier órgano o servicio que orgánicamente la constituye. Los actos de dichos órganos o servicios son actos únicamente válidos en tanto sean imputables al ayuntamiento, o dicho en otros términos, sólo valen en cuanto son actos del ayuntamiento. Por consiguiente, cualquier acto de acceso y uso de los datos del padrón por los órganos o servicios del ayuntamiento no son sino accesos y usos que el propio ayuntamiento hace de su padrón de vecinos.

La APD parece mantener también este criterio en diversas ocasiones, no sin cierta ambigüedad. Así, respecto de las frecuentes solicitudes de información por parte de las concejalías de Hacienda para el ejercicio de sus funciones, ha dicho la APD en su memoria anual de 1996 que:

“La utilización de los datos del padrón municipal de habitantes por parte de la Concejalía de Hacienda es acorde con la ley orgánica, en la medida en que la residencia en el término municipal puede ser un elemento determinante para el ejercicio de sus funciones. La existencia del hecho imponible en la mayoría de los impuestos municipales depende de la residencia o ejercicio de la profesión, por lo que la información contenida en el padrón puede ser utilizada por el ayuntamiento para el ejercicio de las funciones legalmente atribuidas dentro de ciertos límites.

“La Agencia considera que el Área de Hacienda del ayuntamiento podrá utilizar los datos del padrón dentro de su ámbito de competencias y exclusivamente los datos imprescindibles para el ejercicio de las funciones públicas de gestión y recaudación, debiendo guardar secreto sobre los datos personales que averigüen por este procedimiento; por su parte, el ayuntamiento debería adoptar las medidas de seguridad oportunas para evitar el acceso y difusión de los datos personales del padrón de acuerdo con los preceptos indicados.”

29. Recuérdese que el artículo 7 del Real decreto 944/1999 contempla la posible existencia de ficheros temporales que deben ser destruidos tras su uso. No se nos escapan las dudas de legalidad que pesan sobre este precepto, en la medida en que la LOPD no parece autorizar en sus normas la creación de semejantes ficheros temporales, ya que el artículo 20 relativo a la creación de ficheros por las administraciones públicas no distingue entre ficheros temporales y permanentes.

30. Lo que implica, entre otras cosas, que sólo podrá acceder y usar esos datos el personal autorizado con arreglo a las normas establecidas en los protocolos de seguridad exigidos por el Real decreto 944/1999.

Bien entendido que ese tratamiento de datos patronales por los distintos servicios u órganos del consistorio está sujeto al deber de secreto del artículo 10 de la LOPD; no puede suponer la creación de ficheros de datos separados del padrón y de carácter permanente salvo que así se disponga con antelación en una disposición general y publicada en un boletín oficial (artículo 20 de la LOPD);²⁹ debe realizarse el acceso con rigurosa observancia de las medidas de seguridad establecidas para el padrón (artículos 9 y 20 de la LOPD y Real decreto 944/1999);³⁰ y es un acceso sujeto al principio a los principios de calidad de los datos (artículo 4 de la LOPD), a saber, y en lo que ahora interesa: “[...] 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” (artículo 4.1 de la LOPD), “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” (artículo 4.2 de la LOPD), y “se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos” (artículo 4.7 de la LOPD).

La APD ha mantenido un criterio a nuestro juicio discutible sobre el régimen de acceso a los datos padronales por los concejales del consistorio. La APD, en las respuestas a consultas elevadas por entes locales de la que da cuenta en su Memoria del año 2001³¹ relativas al acceso a datos del padrón por concejales de la corporación, considera a los concejales estos efectos como si de una cesión de datos a una Administración distinta se tratara, sujetando dicha cesión a lo dispuesto en el artículo 21 de la LOPD y en el 16.3 de la LBRL. Asimismo, la APD ha considerado que el acceso por los concejales a los datos del padrón no requiere el recabamiento del previo consentimiento del interesado, ya que, conforme al artículo 11.2.a) de la LOPD, en relación con el artículo 21.1 de la LOPD, dicho acceso incontestado está previsto en la propia LBRL, artículo 77, según la cual los concejales son titulares de un derecho general de información sobre los datos o informaciones que obren en poder del ayuntamiento, lo que incluye el padrón, y resulten precisos para el desarrollo de su función.³²

31. Memoria anual del año 2001 editada por la APD, pág. 367 y ss.

32. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado este derecho de información, desarrollado en los artículos 14 y ss. del ROF, como una dimensión del *ius in officium* de los concejales amparado por su derecho fundamental a participar en los asuntos públicos (artículo 23.2 de la CE). Por citar entre las más recientes, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/1952) y de 26 de febrero de 2003 (Aranzadi 2003/578). La STS de 9 de febrero de 1998 de la Sección 7 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Aranzadi 1998/2358) abordó un asunto en el que se impugnaba la resolución de un

Nada hay que objetar al argumento de fondo de la APD. En efecto, los concejales, en ejercicio de su derecho fundamental de acceso y desempeño del cargo público (artículo 23.2 de la CE), pueden solicitar al ayuntamiento cuanta información precisen para desarrollar su función de participación en las funciones propias de su cargo y especialmente en el control de la acción política del alcalde. Y esa solicitud alcanza naturalmente al acceso a datos contenidos en el padrón, sin necesidad de que ese acceso requiera el consentimiento previo del interesado. Pero que esto sea así no se debe, así lo creemos, a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.2.a) de la LOPD en relación con el artículo 77 de la LBRL. El concejal no accede a esos datos patronales, a nuestro juicio, en la condición de Administración pública distinta a la del ayuntamiento en el que desempeña su cargo público, sino como miembro, y, por tanto, parte del propio consistorio. Así pues, su acceso no es un supuesto de cesión de datos sujeta al artículo 21 de la LOPD, o, en su caso, al artículo 11 de la LOPD, sino un caso más de tratamiento de los datos padronales similar al que efectúa cualquiera de los órganos o servicios administrativos del ayuntamiento, y, en consecuencia, sujeto a las reglas de los artículos 4, 5 y 6 de la LOPD más arriba descritas.

Esto permite a los concejales el acceso a los datos sin consentimiento previo del interesado (artículo 6.2 de la LOPD), pudiendo emplearlos para fines distintos a los inicialmente previstos en su recogida, siempre que sean compatibles con éstos y dicho uso esté directamente ligado al ejercicio de su *ius in officium* amparadas en el artículo 23.2 de la CE (artículo 4.1 y 2 de la LOPD). Un régimen de acceso que, como ha afirmado la APD, no impide que se denieguen usos no ligados al ejercicio de sus funciones como los indicados en la Memoria del año 2001, remisión de cartas salutorias a vecinos, o en la correspondiente al año 1999, cartas para felicitar la onomástica o para informar sobre los logros en la gestión de los asuntos públicos.

Cosa distinta sucede en lo que respecta al acceso a los datos del padrón municipal por parte de la Policía Municipal, ya que aquí sí coincidimos con los argumentos de la APD, que en reiteradas ocasiones ha negado que la Policía Local pueda acceder indiscriminadamente al padrón, o disponer del mismo en su conjunto. Los únicos datos a los que debe tener acceso, serán aquellos necesarios para el ejercicio de sus funciones, en el marco de una actividad investigadora concreta y en

todo caso sujeto a las condiciones establecidas en los citados artículos 4, 5 y 6 de la LOPD, tal y como establece el artículo 22 de la LOPD que regula “ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”:

“1. Los ficheros creados por las fuerzas y 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.

“2. La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las fuerzas y 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 tratamiento por las fuerzas y 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.”

En fin, la Policía Local podrá acceder sin previo consentimiento del interesado a datos específicos del padrón municipal (no podrá, sin embargo, disponer de una copia del mismo) y no para cualquier fin perseguido en el ejercicio de sus competencias, sino sólo en aquellos casos “absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta”, esto es, 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 especí-

alcalde que denegaba el acceso solicitado por ciertos concejales al padrón municipal en su conjunto a los efectos de fiscalizar los actos del alcalde en su elaboración. El Tribunal Supremo entendió que el secreto estadístico tan tiene una aplicación aminorada en el ámbito del padrón y reconoció que los concejales están legitimados para participar en la elaboración del padrón y en especial para asegurarse de que éste responde a la realidad lo que enca-

jaba, según el Tribunal Supremo, en su función representativa. Véase el trabajo de JIMÉNEZ PLAZA, María Isabel, “El derecho de acceso a la información en el ámbito local”, en *Tratado de Derecho Municipal*, Muñoz Machado (dir.), Civitas, 2003 (2.ª edición), tomo I, pág. 1013 y ss.

ficos y temporales establecidos al efecto". Esos datos, además, deben ser cancelados una vez desaparezca dicha necesidad.³³

2.3. Acceso por otras administraciones públicas: una interpretación constitucionalmente adecuada del deber de colaboración interadministrativa

El artículo 21 de la LOPD prohíbe la cesión de datos de carácter personal recogidos o elaborados por las administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones a otras administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos o si los datos en cuestión han sido obtenidos o elaborados por una Administración pública con destino a otra.

Así pues, la LOPD sólo permite las cesiones de datos entre administraciones públicas que estén previstas en la norma de creación del fichero en el que se integran esos datos [artículo 20.1.e) de la LOPD] si lo es para el ejercicio de competencias idénticas o que versen sobre las mismas materias, o cuando el fin de uso de esos datos es histórico, científico o estadístico [en relación con el artículo 11.2.e) de la LOPD], o si la Administración cedente obtuvo o elaboró esos datos para la Administración cesionaria. La propia LOPD establece también que en los casos de cesiones con fines históricos, estadísticos o científicos y cuando la Administración cedente obtuvo y elaboró los datos para la cesionaria no es preciso recabar el previo consentimiento del interesado para efectuar dicha cesión (artículo 21.4 de la LOPD).

En consecuencia, es necesario recabar ese consentimiento para el caso de que la cesión lo sea para ejercer competencias idénticas o sobre las mismas materias. En este supuesto hay que entender que el artículo 11.2 se aplicaría como regla general en el sentido de que sólo

cabe realizar estas cesiones sin recabar el consentimiento previo del interesado si una ley así lo prevé [artículo 11.2.a) de la LOPD] o en el caso del artículo 11.2.d) de la LOPD.³⁴

"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."

Por su parte el artículo 16.3 de la LBRL (reiterado en el artículo 53 del ROP) establece que:

"Los datos del padrón municipal se cederán a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado solamente 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. También pueden servir 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 registrará por lo dispuesto en la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común."

A la vista de la doctrina de la STC 292/2000 (que no hace sino reiterar lo dicho por el Tribunal Constitucional sobre las reservas de ley relativas a derechos fundamentales de los artículos 53.1 y 81.1 de la CE) no habría inconveniente constitucional alguno a que una ley ordinaria como la LBRL, en su condición, además, de disposición general reguladora de un fichero como es

33. El director de la APD ha afirmado en su última comparecencia ante el Congreso de los Diputados (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 680, de 5 de febrero de 2003) que: "Estoy convencido de que los ayuntamientos de este país tienen datos personales no declarados sobre la gente, por ejemplo, los datos que recoge la Policía Municipal. No sabemos, por ejemplo, si la Policía Municipal utiliza o no el padrón municipal—cosa que no debería hacer— para determinadas actividades. Este es otro campo que nos preocupa y nos gustaría que se trabajase en él" (pág. 22042). ¿Quiere decir esto que la Policía Local no puede acceder al padrón para obtener la dirección de un vecino para notificarle una multa, por ejemplo, cosa que sí podría hacer cualquier otro órgano o servicio del ayuntamiento? Tal parece, ya que el artículo 7.2 de la LOPD habla de "recogida y tratamiento" de datos, lo que incluye el acceso o la comunicación de datos, por lo que las reglas del artículo 7 no se limitan a los ficheros que pueda crear la Policía Local. No obstante, cabría argumentar que, en cuanto el acceso de ese dato se destina a la consecución de un fin idéntico (y no sólo compatible) al que alienta el tratamiento de datos patronales, a saber, la comunicación entre el ayuntamiento y los vecinos, la policía local estaría autorizada para acceder a ese dato en su condición de servicio del ayuntamiento, pues no se trataría de cesión de datos, sino del tratamiento al que sirve originariamente el padrón.

A nuestro juicio, otro tanto cabría decir del acceso a los datos patronales por determinados servicios externalizados, como los de aguas y recogida de basuras, a los efectos, por ejemplo, del cobro de los pertinentes recibos. Así lo estimó la APD en los expedientes abiertos (y resueltos favorablemente a los entes locales) contra el Ayuntamiento de Oviedo y de Madrid por el acceso al padrón de las empresas contratadas para la gestión del servicio de aguas del primero y de los servicios complementarios de la gestión de los expedientes sancionadores por infracciones a la normativa de tráfico vial urbano del segundo. En ambos casos la APD consideró que no hubo infracción de la LORTAD en aquel entonces vigente (consúltese la Memoria anual de la APD correspondiente al año 1996). En estos casos, las empresas encargadas de dichos servicios serían, en nuestra opinión, "encargados del tratamiento" del artículo 12 de la LOPD del que nos ocuparemos más abajo.

34. Los supuestos previstos en los apartados c) y d) de este artículo 11.2 de la LOPD sólo en casos muy peculiares podrían ser invocados para justificar cesiones inconsentidas entre administraciones públicas, que, en todo caso deberían estar previstas en la norma de creación del fichero [artículo 20.1.e) de la LOPD]. La causa del apartado e) es la relativa a cesiones con fines científicos, históricos o estadísticos.

el padrón municipal, previese cesiones entre administraciones públicas, incluso modificando lo dispuesto en el citado artículo 21.1 de la LOPD en la medida en que éste último es un precepto no orgánico (disposición final segunda de la LOPD). En este sentido, lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 16.3 de la LBRL, que autoriza cesiones para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas y que no responden a fines estadísticos, históricos o científicos ni se trata de la cesión de datos obtenidos y elaborados por los ayuntamientos para otras administraciones públicas, sería perfectamente constitucional.

Sin embargo, la LOPD es posterior en el tiempo, ya que entró en vigor el 13 de enero de 2000, a la Ley 4/1996, de 10 de enero, que fue la que dio nueva redacción al aludido artículo 16.3 de la LBRL, por lo que en buena técnica jurídica no cabe sino considerar que el artículo 21 de la LOPD ha derogado lo dispuesto en ese apartado 3, primer párrafo, del artículo 16 de la LBRL. En suma, que, a pesar de lo dicho en ese párrafo y apartado del aludido artículo 16 de la LBRL (y otro tanto cabe decir del artículo 53.2 del ROP), los datos de los padrones municipales sólo pueden ser cedidos a otras administraciones para fines compatibles con los que fueron recabados inicialmente (determinar el domicilio o residencia habitual de los ciudadanos, la atribución de la condición de vecinos, la determinación de la población del municipio y la acreditación de la residencia y el domicilio), únicamente para el ejercicio de aquellas competencias idénticas o sobre materias similares a las ejercidas por el ayuntamiento y de las que es instrumento el padrón, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes.

Fuera de estos casos la LOPD prohíbe cualquier cesión de datos que no esté ligada, y por lo que ahora interesa, a fines estadísticos o a la condición del padrón como fichero a través del que se obtiene datos destinados a componer el censo electoral.

Por otro lado, y también a la vista de la doctrina de la STC 292/2000, tanto el párrafo 1 del apartado 3 del artículo 16 de la LBRL (y asimismo el artículo 53.2 del ROP) como el propio apartado 4 del artículo 21 de la LOPD incurrirían también en una tacha de inconstitucionalidad al establecer un límite al derecho a consentir el tratamiento de datos. Dicho derecho conforma el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y cualquier excepción al recabamiento previo

del consentimiento para tratar o ceder datos personales constituye un límite directo al contenido del derecho fundamental cuya concreción requiere en todo caso su establecimiento en una ley orgánica, so pena de infringir el artículo 81.1 de la CE en relación con el artículo 18.4 de la CE. Pues bien, tanto el artículo 16 de la LBRL como el artículo 21 de la LOPD son leyes ordinarias que establecen un límite al derecho a consentir que lesiona, por lo dicho, los mencionados preceptos constitucionales.

Con todo, mientras no se declaren contrarios a la CE uno y otro precepto, ambos autorizan al ayuntamiento a ceder datos del padrón a otras administraciones públicas sin recabar el previo consentimiento del interesado siempre que la cesión lo sea para ejercer idénticas competencias o sobre las mismas materias.

Repárese, además, que de la prohibición del artículo 21 de la LOPD podría deducirse que no es posible otro tipo de cesión entre administraciones que el indicado, ni siquiera cuando consiente el interesado. Sin embargo, cabe darle otra interpretación al precepto. En efecto, y dado que el artículo 11 sí es orgánico, podría sostenerse que lo que prohíbe en realidad el artículo 21.1, dada la dicción de su apartado 4, es que se produzcan cesiones inconsentidas de datos personales entre administraciones distintas a las autorizadas en aquel apartado 1, lo que no impediría que se cediesen datos en otros casos (siempre que se persigan fines compatibles con los que alentaron la formación del padrón) siempre que la cesión fuese consentida por el interesado en los términos del artículo 11.1 de la LOPD. Y en este sentido debe interpretarse la remisión hecha por el párrafo 2 de ese mismo artículo 16.3 de la LBRL (reiterado por el artículo 53 del ROP) a la legislación sobre protección de datos para todos los restantes casos de cesión de datos patronales a otras administraciones públicas no contemplados en su párrafo 1.

A nuestro juicio estos son los justos términos a los que deben reconducirse los deberes de información mutua, de colaboración y de cooperación interadministrativa en el ámbito de sus respectivas competencias (artículo 10 de la LBRL en relación con el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), a los que deben sumarse los establecidos en el artículo 44 de la Ley 12/1989, de 12 de mayo, de la función estadística pública (en adelante, LFEP). Justamente esta última, la LFEP, en el citado artículo 44.1 y 2, y ya en su artículo 15.2, precisan que ese deber de mutua información y colaboración que conllevaría la cesión de datos patronales a otras administraciones públicas se constriñe a lo fijado en la LBRL y en la LOPD.³⁵

35. Sobre esta cuestión, aunque en unos términos que no son compartidos por el autor de este trabajo, véase la STS de 12 de noviembre de 1996, de la Sección 6 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Aranzadi 1996/7942) por la que se estima el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimaba por su parte el recurso con-

tencioso contra la resolución del concejal delegado del Área de Régimen Interior y Personal del Ayuntamiento de Madrid por la que denegaba a la Jefatura de Tráfico de Valladolid el dato del domicilio que constaba en el padrón de un vecino.

En efecto, los deberes de información mutua y colaboración, que conforme al artículo 4.2 de la Ley 30/1992 parecen impedir a los ayuntamientos rechazar el rechazo de las solicitudes de información de otras administraciones públicas relativas a datos del padrón (artículo 4.2 de la Ley 30/1992), no cabe sino ajustarlas a las competencias y potestades que la legislación específica establece para cada caso. Parafraseando la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2002 (Sección 4 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo),³⁶ los deberes de información y colaboración no son absolutos ni incondicionados, pues de serlo esa colaboración no sería sino un remedo de jerarquización administrativa incompatible con la garantía constitucional de la autonomía local (artículo 137 de la CE y artículo 10.3 de la LBRL). Dicha colaboración debe prestarse respetando el ejercicio de las competencias correspondientes al ámbito de autonomía constitucionalmente garantizada de los ayuntamientos, tanto en su sentido formal, solicitando la colaboración en aquello en los que el ayuntamiento sea competente, como material, de forma que la colaboración no suponga un esfuerzo desproporcionado del consistorio. Ese es el sentido del apartado 3 del artículo 4 de la Ley 30/1992:

“La asistencia y cooperación requerida sólo podrá negarse cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones. La negativa a prestar la asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante.”

En suma, esos deberes de colaboración no pueden imponer a los ayuntamientos la realización de actuaciones para las que son incompetentes o están prohibidas por el ordenamiento jurídico, y precisamente éste es el caso. Los ayuntamientos, como se acaba de explicar, no pueden ceder discrecionalmente los datos de sus padrones ni restringir libérrimamente el derecho de consentir en la cesión que asiste a los interesados. Los ayuntamientos no tienen la obligación legal de ceder datos del padrón a ninguna Administración pública, a excepción de las contempladas en el artículo 11.2.d) de la LOPD (el

Defensor del Pueblo o su figura autonómica, el ministerio fiscal o los jueces o tribunales o el Tribunal de Cuentas y su par autonómico) y la tributaria (artículo 112.4 de la Ley general tributaria, en la redacción dada por la disposición adicional cuarta de la LOPD), fuera de los casos regulados en el artículo 21, y subsidiariamente, en el artículo 11.2 de la LOPD, ya que fuera de estos supuestos los ayuntamientos o son incompetentes para autorizar esa cesión o infringirían el derecho fundamental a la protección de datos del artículo 18.4 de la CE.

En síntesis, los ayuntamientos pueden ceder datos a otras administraciones sujetándose a reglas distintas en las tres situaciones que siguen.

Si la cesión a otras administraciones o al INE es con fines estadísticos, tanto el artículo 11.2.e) como el artículo 21.1 de la LOPD autorizan dicha cesión y, además, sin que sea necesario el previo consentimiento del interesado. En este mismo sentido se expresan los artículos 16.3 y 17.3 de la LOPD (artículos 65 y 66 del ROP) y artículo 15 de la LFEP. Sin perjuicio de que el artículo 2.3.b) de la LOPD remite la regulación de los ficheros creados con fines estadísticos a la legislación estatal o autonómica sobre función estadística pública.

Si se trata del acceso a datos del padrón para la formación y gestión del censo electoral, la propia LOPD remite el régimen de dicha cesión a lo dispuesto en la LOREG [artículo 2.3.a) de la LOPD]. La LOREG, en su artículo 41.2, prohíbe cualquier información personalizada sobre los datos censales. La LBRL, en su artículo 17.3, establece normas de coordinación entre los ayuntamientos, el INE y la Oficina del Censo Electoral para la confección del censo (artículos 35 y 38 de la LOREG, en relación con el artículo 17.3 de la LBRL y el artículo 65 del ROP) mediante la cesión incontestada [artículo 11.2.a), y artículo 21.2 y 4 de la LOPD]³⁷ y periódica de los datos del padrón municipal al INE y a la Oficina del Censo Electoral.

Por último, están los restantes supuestos de cesiones de datos padronales, no ligados a fines estadísticos o electorales, sujetas a las reglas del artículo 21 en relación con el artículo 11 y la disposición adicional segunda de la LOPD.³⁸

36. Aranzadi 2002/9428. Se trataba de un caso en el que un ayuntamiento devolvió a la Seguridad Social cierta documentación sin cumplimentar.

37. Por cuanto en estos supuestos los ayuntamientos no hacen sino recoger y elaborar datos para otra Administración, en este caso, la Oficina del Censo Electoral, en los términos que la LOREG —y repárese en que es una ley orgánica— establece en sus artículos 35 y 38.

38. Decía la APD en su Memoria de 1996: “Por tanto, son criterios determinantes para poder proceder a la cesión entre administraciones públicas tanto que los datos sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, como que tengan relevancia la residencia o el domicilio. Con la nueva redacción se zanja la discusión jurisprudencial y administrativa que existía con anterioridad a la publicación de modificación de la Ley de bases sobre el uso meramente estadístico de los datos del padrón. La nueva redac-

ción no limita la utilización del padrón municipal en relación con las administraciones públicas a un uso meramente estadístico, sino que prevé cesiones con base en el principio de competencia, que debe evaluarse, caso por caso. Se han realizado asimismo numerosas consultas sobre la legalidad de la cesión de datos del padrón municipal a otras administraciones públicas. La Agencia considera con carácter general que son acordes con la ley orgánica siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 16.3 de la Ley de bases, y la petición tenga carácter individualizado, sin que quepa un acceso indiscriminado a los datos obrantes en el padrón. Además, hay que tener en cuenta que la utilización posterior de los datos ha de ajustarse a la finalidad para la que se solicita la cesión.” En la de 1999 también sostuvo que: “Por ello, se considera por la Agencia de Protección de Datos más acertado entender el precepto comentado en el sentido de que la expresión ‘datos del

La LOPD sólo autoriza la cesión del padrón en su conjunto previa solicitud al INE y únicamente para que las administraciones cesionarias puedan trabar las pertinentes comunicaciones con los ciudadanos en el ejercicio de sus competencias.

Si se trata de cesiones de datos específicos del padrón, las mismas, por regla general, sólo son lícitas si se consienten previamente por el interesado y están previstas en la norma de creación del fichero (en este caso, en el artículo 16.3 de la LBRL) y para la consecución de fines compatibles con los que justifican la existencia del propio padrón.³⁹ La LOPD sólo autoriza cesiones incontestadas de datos patronales a otras administraciones si lo es para ejercer las mismas competencias o sobre materias idénticas a las ejercidas por el consistorio (artículo 21.1 de la LOPD), y si dicha cesión incontestada está prevista en una ley orgánica (STC 292/2000). La LOPD, en su artículo 11.2.d), también autoriza las cesiones incontestadas 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”; o a la Administración tributaria en los términos de su disposición adicional cuarta

El apartado cuarto del artículo 112 de la Ley general tributaria pasa a tener la siguiente redacción:

“4. La cesión de aquellos datos de carácter personal, objeto de tratamiento, que se debe efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 111, en los apartados anteriores de este artículo o en otra norma de rango legal, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito tampoco será de aplicación lo que respecto a las administraciones públicas establece el apartado 1 del artículo 21 de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal.”⁴⁰

Finalmente, el artículo 36.4 y 7⁴¹ del Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, habilitando a la Seguridad Social para recabar datos de otras administraciones para el cumplimiento de sus fines sin necesidad de recabar el previo consentimiento del interesado.⁴²

padrón municipal’ que se emplea en el artículo 16.3 de la LBRL se refiere, no a la totalidad de la información que se contiene en el padrón, sino a los datos que en sentido propio sirven para atender a la finalidad a que se destina el padrón municipal: la determinación del domicilio o residencia habitual de los ciudadanos, la atribución de la condición de vecino, la determinación de la población del municipio y la acreditación de la residencia y domicilio. Además, debe tenerse en consideración que existen numerosas excepciones a esta regla general, como son las establecidas en las leyes orgánicas de reclutamiento y de régimen electoral general, la establecida en el artículo 11.3 f) de la LORTAD, respecto de cesiones a la Administración sanitaria, la establecida en el artículo 20 de la LORTAD, respecto de cesiones a las fuerzas y cuerpos de seguridad, las previsiones de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, la establecida en la Ley orgánica del poder judicial y en el artículo 11.2.d) de la LORTAD, respecto de la colaboración con la Administración de Justicia y determinadas instituciones públicas, la Ley general tributaria, de colaboración con la AEAT, así como la Ley general de la Seguridad Social, en cuanto a procedimiento recaudatorio de recursos, así como en cualesquiera otras disposiciones con rango de ley que regulen efectivamente excepciones a la norma fundamental en materia de protección de la privacidad sin suponer una derogación de hecho de la misma.”

39. Esta exigencia hace inviable, por ejemplo, que el padrón pueda ser empleado por la Administración del Estado para efectuar un control de la inmigración irregular, ya que no parece éste un fin compatible con los propios del padrón, y, además, la cesión de datos con ese fin requeriría en todo caso el consentimiento del empadronado, ya que no cabe duda de que esa cesión no se encuadra en el ejercicio de competencias similares a las ejercidas por los ayuntamientos o sobre las mismas materias.

40. Aunque no hay espacio para abordar la cesión de datos de los padrones fiscales, conviene detenerse en las siguientes reflexiones que la APD hace sobre el particular en su Memoria anual de 1996: “Se han recibido diversas consultas sobre la legalidad de la cesión de datos personales procedentes de los padrones fiscales de las administraciones locales a empresas privadas y particulares, que pretenden utilizar la información para publicidad o fines particulares. Normalmente, se solicita información sobre la matrícula de los impuestos, que de conformidad con la LRHL debe estar a disposición del público en los respectivos ayuntamientos. La Agencia interpreta la expresión ‘a disposición del público’, en el sentido de que tal obligación se exige como consecuencia del deber de proporcionar información indivi-

dualizada al sujeto pasivo del impuesto o a un tercero, pero nunca puede amparar peticiones masivas que comprendan la totalidad de la matrícula de un determinado impuesto, o una sección o fracción del mismo. La Agencia entiende que el principio de confidencialidad establecido con carácter general en el artículo 113 de la Ley general tributaria debe tener como consecuencia la interpretación restrictiva de la expresión ‘a disposición del público’. Otra interpretación podría llevarnos a considerar los mismos datos como confidenciales en unos ficheros y como públicos sin restricción en otros ficheros. De conformidad con lo expuesto, será necesario que el ayuntamiento valore caso por caso el interés legítimo de los terceros para poder acceder a la información contenida en los padrones fiscales, pero nunca podrá amparar peticiones masivas que comprendan la totalidad de la matrícula del referido título. Con carácter general, y en relación con cualesquiera consultas realizadas a los ficheros municipales, resulta necesario que el ayuntamiento en su calidad de administrador de la información, proceda a analizar caso por caso las solicitudes, así como su fundamento y la relación de los datos solicitados y consultados, con las finalidades para las que se pretenden utilizar, así como que quede constancia de las consultas y cesiones realizadas.”

41. Artículo 36.4: “Los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales, están obligados a colaborar con la Administración de la Seguridad Social para suministrar toda clase de información, objeto o no de tratamiento automatizado, siempre que sea útil para la recaudación de recursos de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, de que aquellos dispongan, salvo que sea aplicable: a) El secreto del contenido de la correspondencia. b) El secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración pública para una finalidad exclusivamente estadística. El secreto del protocolo notarial abarcará los instrumentos públicos a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley de 28 de mayo de 1862 y los relativos a cuestiones matrimoniales, con excepción de los referentes al régimen económico de la sociedad conyugal.”

42. Sobre este particular ha dicho la APD en su Memoria de 1996 que: “Por su parte, el artículo 4 de la ley orgánica determina, además, que los datos solicitados han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad para la que fueron recabados. Este precepto unido a la nueva redacción de la ley general, supone que la cesión debe circunscribirse a los datos de aquellas personas que son objeto del procedimiento de apremio. Se requiere, además, que se aporten los datos precisos de los apremiados, como se ha contestado en ciertas ocasiones, para que la cesión realizada se

2.4. Acceso de terceros particulares

La norma que rige el acceso por particulares a datos personales de terceras personas y que, naturalmente, es la aplicable al padrón, es el tantas veces citado artículo 11 de la LOPD. Ni la LBRL ni el ROP establecen regla particular alguna. Es más, el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 16 de la LBRL, que fija un principio general de confidencialidad de los datos del padrón, remite justamente a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a la legislación sobre protección de datos. Así pues, es el artículo 11 de la LOPD (que por lo ya dicho desplaza en esta materia al artículo 37 de la Ley 30/1992 en su aplicación) es la norma aplicable. En su virtud sólo podrá autorizarse el acceso por particulares a datos específicos del padrón referidos a persona distinta si media el previo consentimiento de ésta o si una norma con rango de ley orgánica autoriza ese acceso sin consentimiento del afectado [artículo 11.2.a) de la LOPD].⁴³

Así pues, como regla general, un particular sólo puede obtener datos patronales de otro vecino si éste lo consiente previamente.⁴⁴ Consentimiento que a nuestro entender puede articularse de diversas formas; cabría incluso que en la hoja de recogida de datos para el padrón se le informase al afectado de la posibilidad de que sus datos pueden ser cedidos a otros particulares, recabándole su consentimiento previo a esa posible cesión. No obstante, habría que indicar aquellas razones, o para ser más exactos, los fines a los que se destinará el dato cedido, so pena de que esa cláusula se convierta en un remedo de habilitación en blanco a favor del ayuntamiento para disponer de los datos padronales. Así, por ejemplo, se puede exigir al tercero que acredite al menos un interés legítimo en el acceso a ese dato e indique a qué fin lo destinará. Esta exigencia deriva de la necesidad constitucional y legal de informar al afectado del fin específico para el que sus datos pueden ser cedidos impuesto por el artículo 5 de la LOPD y sobre todo por la consecuencia que el artículo 11.3 de la LOPD prevé para el caso de que se desconozca ese

extremo. De ser este el caso, de ignorarse el fin o al menos la actividad del cesionario, el apartado 3 del artículo 11 declara nulo el consentimiento a la cesión y en consecuencia la invalida.

En rigor, al ayuntamiento no le basta con tener el consentimiento previo del afectado para poder ceder sus datos a un tercero particular, sino que, además y en consonancia con lo que se acaba de decir, el ayuntamiento, en su función de garante del derecho fundamental a la protección de datos personales, debe comprobar que la petición de acceso al dato se justifica en “el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario”.

La dicción del artículo 11 de la LOPD permite sostener que el ayuntamiento, en esa función de garante antes mencionada, sólo podrá autorizar cesiones de datos patronales a terceros particulares si éstos acreditan un interés legítimo en el conocimiento de ese dato y que el fin de uso se corresponde también con el del propio padrón: determinar el domicilio o la residencia habitual de los ciudadanos, la atribución de la condición de vecinos, la determinación de la población del municipio y la acreditación de la residencia y el domicilio.

No se olvide que el padrón, aun en su condición de registro administrativo, y, por tanto, de registro público, no es una fuente de acceso general. Esto es, es una fuente de información que no veda el conocimiento por terceros de los datos que posee, razón por la que es público, pero tampoco permite un acceso indiscriminado a los mismos.

Cierto que el artículo 105.b) de la CE, que no hace sino precisar para el caso de los archivos y registros administrativos el derecho fundamental de todos a recibir información veraz [artículo 20.1.d) de la CE],⁴⁵ remite a la ley la regulación del acceso a los registros, como es el caso del padrón; ley que no hace sino regular el ejercicio en ese ámbito del derecho fundamental a recibir información. En esa medida, el régimen tan restrictivo de acceso a los datos del padrón que se acaba de describir sería un límite al ejercicio del derecho a recibir información.

ajuste a la ley orgánica.” No obstante, y al igual que el artículo 21.4 de la LOPD, la condición de precepto no orgánico del citado artículo 36 pese a establecer un límite directo al derecho fundamental a la protección de datos personales, por cuanto priva a su titular del derecho a consentir la cesión de sus datos, provoca a nuestro juicio su inconstitucionalidad por infracción del artículo 81.1 de la CE en relación con el artículo 18.4 de la CE.

43. Ninguna de las otras excepciones del apartado 2 del artículo 11 de la LOPD encajarían con el supuesto aquí estudiado.

44. La APD, en su Memoria de 1997, daba cuenta de dos de sus resoluciones sancionadoras en estos términos: “Entre las resoluciones sancionadoras cabe destacar las que se dictaron en los procedimientos abiertos contra el Ayuntamiento de Mediona (Barcelona) y el Ayuntamiento de Vinalsa (Castellón) y en las que se acreditó que estos ayuntamientos habían cedido datos del padrón municipal de habitantes, sin que mediara el consentimiento previo de los afectados. En el primer caso, se había producido la entrega de un listado conteniendo los datos de 123 habitantes de la localidad a un colegio ubicado en el término municipal de Mediona. Asimismo, en el segundo caso, se hizo entrega de un listado del padrón a la sucursal de una entidad

bancaria para ofertar sus servicios a los habitantes del municipio. Por lo tanto, en ambos casos, la Agencia entendió que se había producido una infracción de carácter muy grave del artículo 11.1 de la Ley orgánica 5/1992. En estas resoluciones se tuvo especialmente en cuenta lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 16 modificado de la Ley 4/1996 respecto de las cesiones de los datos del padrón municipal, que determina que los datos de dicho padrón se cederán a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado, solamente 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; también se establece que estos datos pueden servir para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico, en los términos previstos en la Ley 12/1989; por último, prescribe que fuera de estos supuestos los datos del padrón son confidenciales y el acceso a los mismos se regirá por lo dispuesto en la Ley orgánica 5/1992 y en la Ley 30/1992.”

45. Véase de VILLAVEDE, Ignacio, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, pág.105 y ss, en especial pág. 117 y ss.

Pero es un límite cuyo fundamento constitucional está, en primer lugar, porque el derecho a recibir información debe atemperarse con el derecho fundamental también a la protección de datos, y, en segundo lugar, el propio artículo 105.b) de la CE establece como límite a ese derecho a recibir información el respeto a la intimidad de terceros.

Si esto es así, el derecho fundamental a recibir información de quien solicita datos patronales, que también debe ser garantizado por el ayuntamiento, puede sujetarse a límites dirigidos, por un lado, a garantizar el derecho fundamental a la protección de datos y, de otro, dentro del catálogo de datos protegidos, puede limitar aún con más rigor el acceso a datos que a juicio del ayuntamiento puedan considerarse íntimos.⁴⁶ Limitaciones que, como hemos visto, se concretan en tres reglas: la cesión de datos requiere del consentimiento previo del interesado, salvo que una Ley orgánica disponga lo contrario, y debe acreditarse un interés legítimo y, además, poner de manifiesto el fin para el que serán empleados los datos cuyo acceso se solicita.

Por último, parece fuera de toda duda la imposibilidad de que un particular pueda acceder a una copia íntegra del padrón o una cantidad masiva de sus datos. Ninguna norma lo permite (como sí lo hace, por el contrario, para las administraciones públicas).⁴⁷

3. Gestión externa del padrón: acceso por cuenta de terceros

Para concluir, una breve referencia a la trascendencia de lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD para la gestión del padrón municipal. El mencionado precepto contempla la posibilidad de que un tercero trate datos personales por cuenta del responsable del fichero. La LOPD daría cobertura de este modo a aquellos casos en los que el ayuntamiento ha externalizado la gestión del padrón mediante la contratación del tratamiento de los datos del padrón con una empresa, o, simplemente, las empresas que gestionan servicios del ayuntamiento requieren acceder y tratar datos del padrón.

En nuestra opinión, ambos supuestos encajan en lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD, ya que, en último término, las empresas que gestionan el padrón o que acceden al mismo para llevar a cabo servicios municipales no hacen sino un tratamiento de los datos del padrón por cuenta del ayuntamiento, convirtiéndose en

lo que la LOPD ha denominado encargados del tratamiento.

El artículo 3.g) de la LOPD los define del siguiente modo: “[...] la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”. Y la relación entre el responsable del fichero, en este caso el ayuntamiento, y el encargado del tratamiento se regula en el artículo 12 de la LOPD, que dispone:

“1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

“2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas. En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

“3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

“4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.”

De este precepto se desprende, en primer lugar, que en estos casos no hay cesiones de datos, sino simples tratamientos como los que tienen lugar cuando acceden al padrón los órganos y servicios del propio ayuntamiento [véase el apartado b) del epígrafe IV]. Por tanto, no se necesita de un consentimiento específico para el acceso por estos terceros al padrón. No obstante, en segundo lugar, ese tratamiento siempre debe ser por cuenta del ayuntamiento y sus condiciones fijadas con-

46. Juicio no exento de gran dificultad. Con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad (STC 134/1999 y 85/2003) deben considerarse como tales aquellas informaciones personales referidas “a los aspectos más básicos de la autodeterminación personal”. Y no parece que los datos contenidos en el padrón afecten a esos aspectos básicos de la libertad individual.

47. No se olvide que el artículo 39.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, ha sido modificado por la Ley 47/2002,

de 19 de diciembre, desapareciendo aquella posibilidad tan discutida de acceso al censo y recibiendo la siguiente redacción: “[...] cuando se utilicen datos personales procedentes de fuentes accesibles al público para la realización de comunicaciones comerciales, se proporcionará al destinatario la información que señala la Ley orgánica 15/199, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas.”

tractualmente. Si el tercero que realiza este tratamiento por cuenta del ayuntamiento usa los datos en interés propio incurrirá en responsabilidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.4 y 43.1 de la LOPD. El contrato deberá fijar con toda claridad el fin al que podrán destinarse los datos, que no podrá ser distinto al que justifica su recogida e incorporación al padrón municipal: determinar el domicilio o residencia habitual de los ciudadanos, la atribución de la condición de vecinos, la determinación de la población del municipio y la acreditación de la residencia y domicilio.

En tercer y último lugar, esa supeditación al fin no concluye con la predeterminación de los usos a los que puede someterse el dato comunicado a estos terceros, sino que, además, tiene una capital dimensión temporal. En efecto, una vez concluida la prestación, y satisfecho en consecuencia el fin perseguido, los ficheros o datos comunicados a ese tercero deben ser destruidos o devueltos al ayuntamiento.

4. Bibliografía

APARICIO SALOM, Javier. *Estudio sobre la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, Pamplona: Aranzadi, 2000.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan. "Cesión, intercambio y protección de la información y de los datos automatizados: La incidencia de la informática en el contribuyente", *Revista Técnica Tributaria*, núm. 43, 1998, pág. 35 y ss.

CHAVES GARCÍA, José Ramón. "La información ciudadano y el acceso a los archivos y registros de las administraciones públicas", *Revista de Estudios Locales*, extra del año 2002, pág. 157 y ss.

EZQUERRA HUERVA, Antonio. "La población municipal: La regulación de la vecindad administrativa y del estatuto del vecino", en *Tratado de Derecho Municipal*, Muñoz Machado (dir.). Tomo I. 2.ª edición. Civitas, 2003, pág. 1219 y ss.

JIMÉNEZ PLAZA, María Isabel. "El derecho de acceso a la información en el ámbito local", en *Tratado de Derecho Municipal*, Muñoz Machado (dir.). Tomo I. 2.ª edición. Civitas, 2003, pág. 1013 y ss.

VILLAVERDE, Ignacio. *Los derechos del público*. Madrid: Tecnos, 1995. ■

Régimen sancionador de los funcionarios locales (en especial, el régimen jurídico aplicable en Cataluña)

Joaquín José Ortiz Blasco
Magistrado

1. El marco normativo. La disparidad legislativa. La doctrina del tribunal constitucional.
2. Cuestiones relevantes en el régimen disciplinario.
 - 2.1. ¿es necesario un derecho administrativo sancionador?
 - 2.2. Las que afectan a las infracciones.
 - 2.3. Las que afectan a las sanciones.
 - 2.4. Las que afectan al procedimiento disciplinario.
 - 2.4.1. Consideraciones generales.
 - 2.4.2. Informaciones reservadas y diligencias informativas.
 - 2.4.3. Las medidas cautelares. Su adopción e impugnación.
 - 2.4.4. La caducidad del procedimiento.
 - 2.4.5. La prueba en el procedimiento. Su importancia.
 - 2.4.6. Práctica de la prueba.
 - 2.4.7. Personas responsables.
 - 2.4.8. Otras garantías del procedimiento.
 - 2.4.9. El principio de proporcionalidad.
 - 2.4.10. El denunciante en el procedimiento sancionador.

1. El marco normativo. La disparidad legislativa. La doctrina del Tribunal Constitucional

Abordar el régimen sancionador de los funcionarios locales supone, como igualmente acontece con el resto del personal funcional, enfrentarse con un complicado sistema legal que produce desconcierto a los operadores jurídicos y una cierta zozobra a los funcionarios que se ven incurso en un expediente disciplinario.

El marco normativo que disciplina esta materia exige tener en cuenta la existencia de numerosas leyes de la función pública y varios reglamentos disciplinarios que, debido a las notables similitudes que presentan, no parece que respondan a una política legislativa cuya finalidad sea la necesaria eficacia de la actividad administrativa exigida por la norma suprema, que aquí alcanza especial relevancia teniendo en cuenta que se trata de garantizar que los servidores públicos desempeñen su trabajo, cualquiera que sea el puesto que ocupen, de acuerdo con los postulados básicos de la función pública, sino más bien al dato de que cada comunidad autónoma desea tener su propia norma, aunque no sea más que una traslación de otra anterior de distinta comunidad autónoma, situación que sufre un agravamiento si se añaden las leyes de coordinación de las policías locales y sus reglamentos, sin contar los reglamentos de la Policía Local aprobados por los entes locales, que conducen a una aplicación de ilícitos administrativos sustancialmente distintos, como ocurre en Cataluña, en el que cada uno de los cuerpos de seguridad que desempeñan su trabajo en esta comunidad autónoma tiene una normativa distinta; así ocurre con los policías nacionales, los guardias civiles, los mozos de escuadra y los policías locales, sin que estemos hablando de simples matices, sino de diferencias sustanciales en el tratamiento de las infracciones y de las sanciones.

Y no parece que la disparidad normativa en este ámbito de la función pública tienda a disminuir, sino todo lo contrario, más aún cuando es el propio Tribunal Constitucional, intérprete de la Constitución, el que, en la STC 87/1995, de 16 de julio, ha afirmado en su FJ 8 que: "El Derecho administrativo sancionador creado por las comunidades autónomas puede implicar, sin duda, una afectación al ámbito de los derechos fundamentales, pues la previsión de ilícitos administrativos supone siempre una delimitación negativa del ámbito de libre ejercicio del derecho. Tal afectación no implica (Sentencia de 16 de noviembre de 1981, F 2) que toda regulación en este extremo sea de exclusiva competencia del Estado. Sin duda que la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el artículo 149.1.1 de la CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio. Y también es cierto que el

procedimiento sancionador habrá de atenerse al 'administrativo común', cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (artículo 149.1.18 de la CE). Pero, dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones –en el marco ya señalado–, porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales." Y añade la STC 37/2002, de 14 de febrero, que con mayor razón aun cuando se "desenvuelve en el ámbito disciplinario y afecta sólo, por tanto, a los sometidos a una especial sujeción", en el que debe admitirse "que las comunidades autónomas puedan establecer, con fundamento razonable tipos que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no las contradigan".

Probablemente ha llegado la hora de plantearse seriamente la existencia de un código disciplinario a la manera propuesta por Gutiérrez Llamazares que contenga unas infracciones genéricas –de aplicación a todos los funcionarios– y específicas para cada grupo o colectivo de funcionarios; justo al contrario de lo que debe ocurrir con las sanciones –con sus grados o escalas–, que deberán ser las mismas para todos los funcionarios, teniendo en cuenta en cada supuesto las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Ello unido, claro está, a un procedimiento disciplinario que, en un plazo razonable pero suficiente para que la Administración pueda llevar a cabo la práctica de las pruebas tendentes a acreditar la realidad de los hechos imputados, adopte la decisión procedente, con respeto de los principios esenciales en un procedimiento de esta naturaleza.

Pero, como se acaba de apuntar, no es esta la línea seguida por el Tribunal Constitucional en la STC 37/2002, de 14 de febrero, cuando declara en su FJ 8 que "a tenor de la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de función pública, corresponde al Estado establecer las bases del régimen disciplinario de los funcionarios públicos y a la comunidad autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en relación con la función pública autonómica y local".

Ahora bien, en lo que se refiere al régimen disciplinario de los funcionarios públicos en general, y, en particular, de los funcionarios públicos de las corporaciones locales, el legislador estatal únicamente ha calificado como básico el artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, cuyo apartado primero enumera un elenco de faltas tipificadas como muy graves, contemplando en el segundo, en su redacción original, la sanción de deducción proporcional de las retribuciones para las faltas de puntualidad y de asistencia cuando constituyan faltas leves. A ese apartado segundo del artículo 31 le dio una

nueva redacción el artículo 36 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, al disponer que la diferencia en el cómputo mensual entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción de haberes. Por su parte, el artículo 1.3 de la citada ley declara básico el mencionado artículo 31.

Por ello, el Tribunal Constitucional recuerda “que la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo (STC 156/1995, de 26 de octubre, F 7) y que las comunidades autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostenten competencias, pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de las normas o los principios básicos del Estado, pues tal posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales, debiendo, además, acomodarse sus disposiciones a las garantías dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (STC 227/1988, de 9 de julio, F 29). De modo que el carácter básico del artículo 31.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, no excluye o impide la tipificación como faltas muy graves de otras conductas por las comunidades autónomas mediante su actividad legislativa en desarrollo de la normativa básica estatal siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica”.

2. Cuestiones relevantes en el régimen disciplinario

2.1. ¿Es necesario un Derecho administrativo sancionador?

Sin embargo, con ello no se solventan algunos de los principales problemas que suscita el procedimiento disciplinario. Por comenzar con uno de ellos puede traerse a colación el si está justificada la existencia de un Derecho administrativo sancionador con sustantividad propia o si sería mejor trasladar todo este ámbito al Derecho penal, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales de este orden la resolución de las imputaciones formuladas contra los funcionarios públicos. No deja de resultar paradójico que se siga insistiendo en numerosas resoluciones judiciales que los principios inspiradores del Derecho penal son aplicables “con ciertos matices” al Derecho administrativo sancionador, sin saber a ciencia cierta cuáles son esos matices, más allá de los principios referidos al procedimiento sancionador, que se contienen en la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Y mayor perplejidad supone el que un considerable número de infracciones administrativas cometidas por los funcionarios públicos estén sancionadas con suspensión de funciones durante un tiempo considerable y la pérdida de las retribuciones

correspondientes, que suponen para el funcionario sancionado una mayor aflicción que lo que puede significar una condena penal por la comisión de una falta definida en el Código penal –Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre–, como la infracción que la ley castiga con una pena leve (artículo 13.3). ¿Es posible y aconsejable esta solución? Parece que lo más razonable es, siguiendo al profesor Alejandro Nieto, que el Derecho administrativo sancionador se construya desde el propio Derecho administrativo del que forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho público estatal, operando el Derecho penal como punto de referencia, como pauta técnica y, sobre todo, como cota máxima de las garantías individuales que el Derecho administrativo sancionador debe tener siempre presentes.

2.2. Las que afectan a las infracciones

Un examen con vocación de plenitud del régimen disciplinario de los funcionarios locales debería abarcar desde su concepto, caracteres y naturaleza jurídica, hasta la incidencia que en el mismo tienen los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad con expresa mención de la presunción de inocencia y del *non bis in idem*, así como el de retroactividad más favorable, tal como han sido analizados por la doctrina científica e interpretados por una copiosa jurisprudencia.

Sin embargo, estando ciertamente consolidados aquéllos, resulta más útil para el operador jurídico indagar sobre las cuestiones que aún hoy en día generan controversias para poder iluminar esta materia, que tiene, junto a la vertiente jurídica, un componente humano de notoria importancia por las consecuencias que de toda índole acarrea una sanción disciplinaria.

En el ámbito local de Cataluña la norma marco se encuentra en el artículo 307 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, que establece que el régimen disciplinario de los funcionarios locales es idéntico al de los funcionarios de la Administración de la Generalidad. Esta “cláusula de identidad de régimen estatutario”, como la denomina la STC 37/2002, de 14 de febrero, prevista en el citado precepto, aprobada por la comunidad autónoma en el ejercicio de la competencia que en materia de régimen local le atribuye el artículo 9.8 del Estatuto de autonomía, cuyas previsiones sobre el personal al servicio de los entes locales situados en la comunidad autónoma desarrolló, en virtud de la autorización contenida en la disposición final segunda de la citada Ley 8/1987, de 15 de abril, el Decreto 214/1990, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento del personal al servicio de los entes locales, presenta notables inconvenientes al establecer una identidad de régimen estatutario sin tener en cuenta peculiaridad alguna. Esta falta de sensibilidad hacia el mundo local supuso que a la hora de redactar la norma

reglamentaria del personal al servicio de los entes locales se articularan determinadas peculiaridades que no respetaban la identidad con los funcionarios de la Administración de la Generalidad, exigida por la Ley municipal catalana, que han dado lugar a su anulación en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de junio de 2002, en los términos que posteriormente se analizarán.

Cabe preguntarse si tiene sentido la subsistencia en el Reglamento del personal al servicio de los entes locales de Cataluña del articulado referido al régimen disciplinario, o si, por el contrario, sería más conveniente ampliar el título del Reglamento que aprueba el régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Generalidad añadiendo “y de los funcionarios al servicio de los entes locales de Cataluña”, incluyendo de esta manera a los funcionarios locales en el artículo que establece su ámbito de aplicación.

La admisión por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 37/2002, de 14 de febrero, en el ámbito disciplinario que afecta a los sometidos a una especial sujeción, que las comunidades autónomas puedan establecer, con fundamento razonable, tipos que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no los contradigan, le ha llevado a declarar la constitucionalidad del artículo 93 de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, que además de reproducir en su integridad el elenco de faltas muy graves recogido en el artículo 31.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, añade en su letra n) una conducta que no se encuentra prevista en la legislación estatal, consistente en causar por negligencia o mala fe daños muy graves en el patrimonio y los bienes de la Generalidad, que califica como infracción muy grave, en el ejercicio de la competencia atribuida a la comunidad autónoma por el artículo 10.1 del Estatuto de autonomía, al no apreciar incompatibilidad o contradicción alguna entre ese precepto y la norma básica estatal, ni con la finalidad de lograr, en aras de los intereses generales, una mínima y fundamental homogeneidad en un aspecto sustancial de la función pública, cual es el relativo a su régimen disciplinario (STS 235/1991, de 12 de diciembre, FJ 4), mediante la descripción de conductas típicas que no son sino una parte de las normas que enuncian deberes y obligaciones cuyo incumplimiento se tipifica como falta (STC 156/1995, de 26 de octubre, FJ 8), y con las que se persigue garantizar, en definitiva, un adecuado y eficaz desempeño de la función pública.

En la citada Sentencia 37/2002, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional examina de manera conjunta los artículos 74.4, 97.1.d) y 99 de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad. El primero de los citados preceptos, en

cuanto prevé como medida cautelar, al iniciarse un expediente disciplinario por hechos directamente relacionados con las funciones que tengan encomendadas, que el funcionario pueda ser trasladado de su puesto de trabajo a otro dentro de la misma localidad, se estima que puede ser contrario a los artículos 47, 48 y 49 de la Ley de funcionarios civiles del Estado y al artículo 150.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, al no aparecer contemplada expresamente dicha medida cautelar en los citados preceptos estatales que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera como básicos. Por su parte, el artículo 97.1.d), al establecer como sanción que puede imponerse por faltas calificadas como graves la pérdida de uno a tres grados personales, contraveniría la legislación básica estatal en materia de función pública, constituida en este caso, según se señala en el auto de planteamiento de la cuestión, por los artículos 91 de la Ley de funcionarios civiles del Estado y en el artículo 148 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, preceptos en los que no aparece recogida dicha sanción. Y, en fin, el artículo 99 devendría inconstitucional en cuanto dispone para las faltas leves y sus correspondientes sanciones un plazo de prescripción diverso al señalado en los artículos 87.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado y 146.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, preceptos también calificados como básicos por la sala proponente, vulnerando los citados preceptos junto a la competencia estatal *ex* artículo 149.1.18 de la CE, la que para el Estado deriva del artículo 149.1.1 de la CE (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), al introducir divergencias sustanciales en relación con el régimen sancionador previsto en la legislación estatal, sin que existan o se alcance a descubrir las razones que podrían justificar esta singularidad sancionadora en la legislación autonómica, resultando, en consecuencia, afectado el derecho a la igualdad. Pues bien, para el Tribunal Constitucional la conclusión no puede ser sino desestimatoria, dado que los preceptos invocados por la sala no son básicos.

Así pues, si bien el Tribunal Constitucional admite que las comunidades autónomas puedan establecer, con fundamento razonable, tipos que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no los contradigan, y así lo ha hecho la Comunidad Autónoma de Cataluña, ésta, por el contrario, ha establecido legalmente para los funcionarios locales una identidad de régimen estatutario –artículo 307 de la Ley municipal y de régimen local– que no ha sido respetada cuando ha sido desarrollada reglamentariamente, lo que ha motivado la anulación de determinados preceptos del

Decreto 214/1990, de 30 de julio, que a juicio del Tribunal no respetaban tal exigencia.

En efecto, en lo que aquí interesa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de junio de 2002, anula los apartados l) a t) del artículo 241 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, que tipificaban como faltas graves conductas considerando que en la fecha de aparición del citado decreto ni existía una cobertura legal suficiente para las referidas faltas, ni existía una explícita remisión legal para su particularización o desarrollo reglamentario de las faltas graves, por lo que la ampliación del repertorio de faltas graves incurre en infracción del artículo 25 de la Constitución.

Tales faltas graves eran: l) el abuso de autoridad en el ejercicio del cargo; m) las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daños a la Administración o a los administrados; n) la tolerancia de los superiores respecto de la Generalidad es similar a la que contenía el precepto parcialmente anulado, de donde resulta que una sentencia dictada en el año 2002 ha anulado un elenco de faltas graves previstas en el Reglamento del personal al servicio de los entes locales de Cataluña que no se recogían en la normativa aplicable a los funcionarios públicos de la Administración de la Generalidad cuando aquél se publica, pero que en la actualidad están previstas para los funcionarios públicos de la Administración de la Generalidad pero no, como consecuencia de la anulación, para los funcionarios locales de Cataluña.

Puede cuestionarse que en la actualidad tal anulación tenga alguna virtualidad por la expresa exigencia contenida en el artículo 307 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, que establece, como se sabe, una identidad absoluta con el régimen disciplinario con los funcionarios de la Administración de la Generalidad, estando previsto el catálogo de infracciones en una norma con rango legal cuya supremacía sobre la reglamentaria no alberga duda alguna, pero que colisiona con la aplicación de la norma más favorable, tratándose, como aquí ocurre, del ámbito sancionador.

2.3. Las que afectan a las sanciones

Lo primero que llama la atención es la falta de correspondencia entre los textos normativos que regulan las sanciones que pueden imponerse a los funcionarios locales, fruto básicamente de que las modificaciones introducidas en la legislación de la función pública de la Administración de la Generalidad no han ido acompañadas de las necesarias reformas en la normativa de los funcionarios locales, si bien cabe cuestionarse, por la exigencia contenida en el artículo 307 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, si en la actualidad la falta de identidad del Decreto 214/1990, de 30 de julio, con la legislación de la función pública de la

Administración de la Generalidad, debe solucionarse inaplicando los preceptos de la norma reglamentaria que se opongan a aquella, e incluso dando entrada a las previsiones legales, en especial las que supongan un régimen más beneficioso para el funcionario local.

Así, el 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, establece las siguientes sanciones: a) apercibimiento; b) deducción proporcional de las retribuciones; c) suspensión de funciones; d) destitución del cargo, y e) separación del servicio (artículo 148). Por su parte, el artículo 119 del Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, que aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en la materia, y el artículo 9 del Decreto 243/1995, de 27 de junio, que aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Generalidad, que deben mencionarse por la previsión contenida en el artículo 307 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, establecen el siguiente catálogo de sanciones: a) separación del servicio; b) suspensión de funciones, con pérdida de retribuciones; c) traslado de puesto de trabajo con cambio de residencia; d) destitución del cargo de mando; e) traslado del puesto de trabajo dentro de la misma localidad; f) revocación del nombramiento de interino; g) amonestación; h) deducción proporcional de retribuciones e i) pérdida de uno a tres grados personales. Y el artículo 243 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, que aprueba el reglamento del personal al servicio de los entes locales en Cataluña, señala que por razón de las faltas cometidas pueden imponerse las sanciones siguientes: a) separación del servicio; b) suspensión de funciones; c) traslado del puesto de trabajo, que puede comportar, en su caso, el cambio de residencia; d) la pérdida de uno a tres grados personales; e) el traslado del puesto de trabajo dentro de la misma localidad; f) la amonestación; g) la deducción proporcional de las retribuciones por faltas de puntualidad y de asistencia que constituyan faltas leves, y h) la destitución del cargo. Pues bien, una simple lectura evidencia no ya sólo esa falta de correlación entre los textos citados, sino también que el reglamento del personal al servicio de los entes locales en Cataluña ni recoge todos los tipos de sanciones previstos para los funcionarios de la Administración de la Generalidad –así, por ejemplo, omite la revocación del nombramiento de interino–, ni las aplica de igual manera, ni sigue una pauta de conducta armónica. Sin ánimo exhaustivo, puede señalarse que mientras que en el régimen aplicable a los funcionarios de la Generalidad el traslado del puesto de trabajo dentro de la misma localidad sólo puede imponerse por faltas graves (artículo 119.4), en el de los funcionarios locales el traslado del puesto de trabajo dentro de la misma localidad puede imponerse por

faltas graves [artículo 245.c)] y por faltas leves [artículo 246.b)]; que mientras para los funcionarios de la Administración de la Generalidad la suspensión de funciones por más de quince días puede conllevar la pérdida del puesto de trabajo (artículo 119.7), para los funcionarios locales tiene carácter automático (artículo 250). Por último, mientras que el traslado del puesto de trabajo se vincula a la imposibilidad de volver a concursar, por un periodo máximo de dos años para los funcionarios de la Administración de la Generalidad (artículo 119.8), para los funcionarios locales depende de si el traslado del puesto de trabajo es con cambio de residencia o en la misma localidad, y se vincula a la imposibilidad de poder obtener un nuevo destino por ningún procedimiento en la localidad de que han sido trasladados, durante tres años, cuando la sanción ha sido impuesta por falta muy grave (artículo 251), o si es dentro de la misma localidad, en cuyo caso supone la imposibilidad de poder obtener un nuevo puesto de trabajo, por ningún procedimiento, durante un año, cuando la sanción haya sido impuesta por falta leve, y durante tres años por falta grave (artículo 253.2).

Y ya dentro del propio elenco de sanciones previsto en el Reglamento del personal al servicio de los entes no deja de resultar llamativo que la sanción de destitución del cargo prevista para las faltas muy graves o graves [artículos 244.d) y 245.d)], que según el artículo 248 del Reglamento del personal al servicio de los entes locales de Cataluña afirma que sólo es aplicable a los funcionarios con habilitación nacional, se imponga también como accesoria a la del traslado del puesto de trabajo en el caso de que se ocupe un puesto de mando (artículo 253.2), sin especificar si se refiere a cualquier traslado de puesto de trabajo, o sólo al que implica cambio de residencia, o también al que tiene lugar dentro de la misma localidad, lo que tiene importancia, ya que mientras que aquél se articula como sanción aplicable a las faltas muy graves [artículo 244.c)], el que tiene lugar dentro de la misma localidad puede imponerse tanto a las faltas graves o leves [artículos 245.c) y 246.b)], y como quedó dicho la sanción de destitución del cargo sólo se contempla para las faltas muy graves o graves y tan sólo para los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

La Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 11 de junio de 2002 considera que los artículos 243.c) y e), 244.c), 245.c), 246.a) y b), 251 y 253 se corresponden y tienen su necesaria cobertura en los artículos pertinentes de la Ley 17/1985, de 23 de julio, y en el Decreto 336/1986, de 6 de noviembre, que aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña, sin que sea aplicable el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia

de régimen local, por no ser legislación básica, haciendo notar que a diferencia de la tipificación de las infracciones, la Ley 17/1985, de 23 de julio, no contiene una regulación exhaustiva de las sanciones, sino que dibuja las líneas maestras de este aspecto sancionador, siendo el posterior Decreto 336/1986, de 6 de noviembre, el que procede a su desarrollo, con amparo en la disposición final de la Ley 17/1985, de 23 de julio. Debe anotarse, no obstante, que la sentencia realiza una interpretación teniendo en cuenta tan sólo los preceptos legales vigentes cuando se publica el Decreto 214/1990, de 30 de julio, y no las posteriores modificaciones legislativas.

2.4. Las que afectan al procedimiento disciplinario

2.4.1. Consideraciones generales

No deja de resultar sorprendente que un considerable número de recursos contencioso-administrativos no examinen el fondo del asunto cuando se trata de sanciones impuestas a funcionarios públicos por la apreciación de defectos formales de tal entidad en la tramitación del procedimiento que determinan la nulidad del mismo, incluso adoptando una actitud favorable al estudio del fondo del asunto superando aquellos defectos formales que no hayan generado indefensión y aplicando el principio de economía procesal por la inutilidad que supone en muchos casos una retroacción de actuaciones que tan sólo consigue como resultado práctico una reiteración por no variar la Administración su decisión inicial. El hecho notorio de la existencia de defectos formales que son tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional para decidir el supuesto planteado se debe, en buena medida, al caos normativo que conduce en muchos casos a la incorrecta aplicación de una norma y a la falta de preparación jurídica de aquellos funcionarios designados instructores del expediente disciplinario, desvinculados, en muchas ocasiones, del trabajo que habitualmente les ocupa a diario. Estas consideraciones ponen de manifiesto una mala praxis por parte de la Administración que debe ser corregida desde una doble perspectiva; por un lado, con ese deseo, anteriormente expresado, de una normativa uniforme con las imprescindibles peculiaridades; por otro lado, profesionalizando la actividad instructora o bien profesionalizando la figura del instructor al modo de los inspectores que existen en otros ámbitos administrativos.

Conviene señalar que la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, antes mencionada, ha anulado por ser contrario a Derecho el artículo 276.1 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento del personal de los entes locales de Cataluña, al permitir el nombramiento como instructor del expediente disciplinario de miembros de la corporación (o de otra corpo-

ración local) que no son funcionarios, cuya previsión contraviene lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto autonómico 336/1986, que exige que el instructor sea un funcionario público y que, además, pertenezca a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculcado –hoy, artículo 40 del Decreto 243/1995, de 27 de junio.

2.4.2. Informaciones reservadas y diligencias informativas

Vinculada a esa aflicción que todo procedimiento disciplinario significa para el funcionario sujeto al mismo, deben utilizarse más a menudo las llamadas informaciones reservadas o diligencias informativas como actuaciones encaminadas a evitar procedimientos abocados a un resultado absolutorio, que, además de generar un gasto inútil, implican para el funcionario un agravio innecesario. El Reglamento del personal al servicio de los entes locales de Cataluña expresamente prevé que el órgano competente para la incoación del expediente disciplinario puede disponer, con carácter previo, la realización de una información reservada e instruir las diligencias previas antes de decidir sobre la incoación [artículo 275.a) y d)].

2.4.3. Las medidas cautelares. Su adopción e impugnación

En esta línea de principios sería conveniente establecer unas pautas de conducta con carácter general para la adopción de medidas cautelares, especialmente las que se refieren a la suspensión preventiva –artículos 266 a 272 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento del personal al servicio de los entes locales–, teniendo en cuenta la gravedad de la falta o las faltas imputadas, y que la incoación del procedimiento disciplinario y la suspensión preventiva fueran resoluciones independientes para poder solicitar la suspensión de la medida cautelar sin que sea obstáculo la incoación del expediente, al que su condición de acto de trámite dificulta su acceso directo al control jurisdiccional.

En cualquier caso conviene recordar que la suspensión provisional del funcionario puede vulnerar derechos fundamentales, debe estar suficientemente motivada y es susceptible de recurso autónomo al producir efectos jurídicos inmediatos.

Y que la impugnabilidad de los actos de trámite ha sido reforzada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que tienen acceso al control jurisdiccional los actos de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (artículo 25.1).

2.4.4. La caducidad del procedimiento

Un aspecto del procedimiento disciplinario que genera no pocas inquietudes es el referido a la caducidad. Si

bien es verdad que con la modificación operada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se han aclarado las dudas relativas al cómputo del plazo de caducidad, que ahora se inicia con el acuerdo de incoación y finaliza con la notificación de la resolución –artículo 42.2 y 3.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre–, y que el decreto que aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales en Cataluña ya estableció en su redacción original un plazo de seis meses para la resolución –y notificación– de los expedientes sancionadores, siguen subsistiendo importantes interrogantes. Por citar algunos de ellos, pueden traerse a colación los relativos a si apreciada la caducidad por el órgano administrativo y declarado el archivo de las actuaciones puede incoarse un nuevo expediente sancionador por los mismos hechos y si es así el valor de las pruebas practicadas en el primero, así como si la caducidad puede ser apreciada de oficio o debe ser sometida a la consideración de las partes en el proceso jurisdiccional.

En relación con el primero de tales interrogantes existen algunos ámbitos de la actividad jurídica que han resuelto esta cuestión expresamente en su normativa procedimental. Así, el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto 928/1998, de 14 de mayo, establece en su artículo 7.5 que “la caducidad declarada de un expediente administrativo sancionador, no impide la iniciación de otro nuevo de con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, cuando la infracción denunciada no haya prescrito, y mediante la práctica de nueva acta de infracción”.

En la doctrina el tema no es pacífico por la dificultad de integrar la remisión que hace el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al artículo 92 de la misma ley. López Pellicer, en su trabajo “La caducidad del procedimiento administrativo sancionador: ¿puede reabrirse y tramitarse otro si la infracción no ha prescrito”, se pronuncia expresamente por negar la posibilidad de reiniciar un procedimiento caducado dentro del plazo de prescripción, en contra del sector mayoritario en la doctrina, invocando el ejercicio –no el derecho– de la potestad sancionadora por la Administración, los principios de seguridad jurídica e irrevocabilidad de los actos administrativos favorables, y la exigencia de una interpretación estricta y no extensiva del régimen de la caducidad, de tal manera que la remisión que el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hace al artículo 92 no puede entenderse hecho a la totalidad de dicho precepto sino sólo a su aspecto formal, por lo que comprende sólo los efectos procedimentales del apartado 1,

in fine, relativo al acto o acuerdo de caducidad y al archivo de las actuaciones y que, según este último precepto legal, ha de notificarse al interesado con advertencia de “los recursos pertinentes” que procedan contra dicho acto o acuerdo. Estévez Goytre, en su trabajo “La caducidad y la prescripción en el Derecho administrativo sancionador”, discrepa de esta tesis, afirmando que no existe ningún obstáculo para el reinicio del procedimiento sancionador, siempre que se den los siguientes requisitos: a) que haya concluido el plazo para dictar resolución y ésta no se haya aún dictado por causa no imputable al presunto infractor; b) que la infracción no haya prescrito al anudarse al plazo inicial el transcurrido durante la tramitación del procedimiento caducado, constituyendo más bien un deber de la Administración perseguir la infracción siempre que ésta no haya prescrito, y c) que en el procedimiento caducado no se haya dictado ya la resolución definitiva imponiendo la sanción; si ya se impuso la sanción cuando ya había transcurrido el plazo de caducidad, la sanción produce efectos de cosa juzgada administrativa y agota el ejercicio de la potestad sancionadora, salvo en los casos en que proceda, y con los requisitos y consecuencias, de la revisión de oficio. Si todavía no se había dictado la resolución cuando haya transcurrido el plazo de caducidad, al no contener el expediente pronunciamiento alguno sobre el objeto del procedimiento, en ningún caso produce efectos de cosa juzgada administrativa, siendo este argumento extraído de diversos pronunciamientos judiciales de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de Murcia y Castilla-La Mancha.

En cuanto al valor que en el nuevo procedimiento sancionador tengan las diligencias practicadas en el que se acordó el archivo, sin negar la consideración de prueba documental en el caso en que se aporte al expediente administrativo, su adecuada ponderación queda subordinada, en todo caso, a las pruebas que se practiquen en el segundo de los procedimientos, que es, en definitiva, el que va a determinar los hechos acreditados, las infracciones cometidas y las sanciones a imponer, de tal manera que en caso de conflicto entre las pruebas practicadas deben prevalecer las realizadas en el nuevo procedimiento.

La segunda de las cuestiones apuntadas incide en si la caducidad puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional al no haber sido invocada por las partes y si debe darse audiencia a las partes en caso de ser suscitada por aquél. No debe rechazarse la apreciación de la caducidad de oficio si ha transcurrido el plazo de duración del procedimiento sancionador –con audiencia de las partes– no ya sólo por el automatismo con el que está contemplado el archivo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sino porque la primera ley del Código civil de Cataluña, la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, se

decanta claramente por la apreciación de oficio de la caducidad por los tribunales cuando se trata de relaciones jurídicas indisponibles (artículo 122.2.2).

2.4.5. La prueba en el procedimiento. Su importancia

En el procedimiento disciplinario alcanza especial relevancia todo lo que se refiere a la prueba, que habitualmente no resulta bien tratada por la escasa experiencia que de esta materia jurídica tiene la Administración, y concretamente los instructores de los expedientes. Siendo así que es la Administración la que debe acreditar la responsabilidad del funcionario sujeto al expediente disciplinario y no éste su inocencia al encontrarse amparado por el principio de presunción de inocencia, no cabe desconocer la trascendencia que tiene la prueba en este tipo de procedimientos, que no puede entenderse atenuada por la introducción en toda la normativa sectorial sancionadora del valor probatorio a los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes (artículo 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Ahora bien, lo primero que cabe preguntarse es qué régimen de la prueba debe aplicarse, si el de la Ley de enjuiciamiento civil o el de la Ley de enjuiciamiento criminal, y elegido uno de ellos qué medios de prueba son admisibles y qué valoración debe hacerse de los mismos, ya sea por el órgano administrativo, ya sea por el órgano jurisdiccional. Nadie parece cuestionar que el sistema probatorio debe ser el de la Ley de enjuiciamiento civil, teniendo en cuenta el carácter supletorio de la misma en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares (artículo 4), que, por lo demás, ha sido articulado con un criterio amplio, en modo alguno restrictivo, ya que junto a los medios de prueba expresamente mencionados en el artículo 299 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil –interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos– admite los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase (artículo 299.2), y prevé que cuando por cualquier otro motivo no expresamente previsto pudiera obtenerse certeza sobre los hechos relevantes, el Tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias (artículo 299.3).

Ahora bien, que sea aplicable la Ley de enjuiciamiento civil no debe significar sin más la traslación de todo el sistema normativo a procedimiento sancionador disci-

plinario, pero sí la garantía de que todas aquellas pruebas propuestas y admitidas deben practicarse conforme a los postulados de la Ley de enjuiciamiento civil, y que la denegación de las improcedentes esté suficientemente motivada.

No puede considerarse reiterativo proclamar la importancia que tiene la prueba en estos procedimientos y que su práctica se realice en el momento oportuno, ya que los tribunales con harta frecuencia se ven compelidos a valorar las pruebas que, debiendo haberse practicado en el procedimiento por su proximidad temporal a los hechos, se proponen y practican en sede judicial transcurridos a veces años desde que ocurrieron los hechos en virtud de los cuales se sanciona, con una mínima credibilidad. Y no menos oportuno resulta recordar que admitida una prueba debe practicarse respetando las exigencias de la inmediación (artículo 290), con la consiguiente nulidad de pleno derecho de la actuación que la incumpla a semejanza de lo que ocurre en el proceso judicial (artículo 137.3 de la Ley de enjuiciamiento civil), y la notificación al funcionario del lugar, la fecha y la hora en que ha de realizarse, incorporando al expediente la constancia de que la recepción de la notificación se ha hecho con veinticuatro horas de antelación (artículo 289).

No tiene mucho sentido, en cambio, que la presencia de un letrado para asistir al funcionario sujeto al expediente disciplinario, que siempre tiene carácter potestativo, tan sólo esté prevista cuando se trata de faltas graves o muy graves, olvidándose de las leves (artículo 281), que sólo se comprende, pero no se justifica, por el hecho de que las faltas leves pueden ser corregidas sin necesidad de instruir expediente, dando audiencia en todo caso al interesado (artículo 264.2), y tampoco se alcanza a comprender la distinta terminología utilizada entre diligencias practicadas por el instructor encaminadas a la comprobación de los hechos y las pruebas que pueden conducir a aclarar los hechos y determinar las responsabilidades susceptibles de sanción (artículo 281), porque en la práctica de unas como de otras deben respetarse las garantías propias de un procedimiento sancionador si se quiere que tengan la misma entidad en el momento de su ponderación por el órgano competente para resolver el expediente disciplinario.

2.4.6. Práctica de la prueba

La práctica de la prueba y su valoración ha sufrido una profunda transformación en la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 en relación con la de 1881. Aunque éste no es el lugar adecuado para hacer un examen detenido de esta compleja materia, sí conviene hacer algunas consideraciones. La dificultad de armonizar lo que es el interrogatorio del funcionario con el respeto a la presunción de inocencia, suscita la duda de si puede

someterse a una declaración inquisitorial al funcionario, más aún en la forma en que se encuentra redactado el artículo 307 de la Ley de enjuiciamiento civil en orden a las consecuencias que se derivan para la parte que se niega a declarar o da respuestas evasivas o inconcluyentes, en cuanto al reconocimiento como ciertos de los hechos a que se refieran las preguntas. La prueba pericial deja de concebirse como una prueba pericial judicial, admitiéndose, como ya ocurría en otros órdenes jurisdiccionales, la aportación de dictámenes periciales por las partes —aquí el inculcado—, con idéntica relevancia en cuanto a su importancia. Por lo demás, la valoración de las pruebas según las reglas de la sana crítica exige del instructor un meticuloso examen de las practicadas.

2.4.7. Personas responsables

La cuestión relativa a las personas responsables plantea algunas dudas, básicamente porque se utiliza una técnica normativa que no puede calificarse de acertada. Así, se considera que los funcionarios que inducen a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrir en la misma responsabilidad que los que la realizan (artículo 256 del Decreto 214/1990, de 30 de julio), mientras que los encubridores sólo son responsables cuando el encubrimiento es de faltas consumadas muy graves y graves, y cuando del acto se derivan daños graves para la Administración o para los ciudadanos (artículo 257 del Decreto 214/1990, de 30 de julio), exigiéndose, por tanto, la concurrencia de ambas circunstancias, mientras que nada se dice expresamente de los cómplices, si bien a éstos, junto a los inductores y los encubridores se les cita expresamente para decir que además de ellos incurrir en responsabilidad disciplinaria los jefes que toleren las faltas de sus subordinados cuando sean conocedores de su existencia o la desconozcan con negligencia grave (artículo 259 del Decreto 214/1990, de 30 de julio), mención ésta que carece de sentido si se tiene en cuenta que el apartado n) del artículo 241 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, tipifica como falta muy grave “la tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de sus subordinados”.

En cuanto a las faltas no consumadas, el Reglamento del personal al servicio de los entes locales de Cataluña considera que se incurre en responsabilidad de acuerdo con los criterios establecidos para la graduación de las faltas y sanciones en el artículo 263 (artículo 258 del Decreto 214/1990, de 30 de julio). Pero resulta que uno de los criterios de graduación de las faltas y sanciones es precisamente la participación en la comisión de la falta [artículo 263.e) del Decreto 214/1990, de 30 de julio], con lo que el dilema en cuanto a la sanción a aplicar a la falta no consumada persiste en todo caso. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el Código penal sólo casti-

ga las faltas consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio (artículo 15.2).

2.4.8. Otras garantías del procedimiento

Conviene traer a colación, en esa línea reiterada de identidad de régimen estatutario, tres consideraciones que se contienen en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de junio de 2002, relativas a previsiones contenidas en los artículos 286, 296 y 304.3 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, que, además de no guardar aquella identidad, implicaban, en definitiva, una atenuación de las garantías del procedimiento sancionador disciplinario.

El artículo 286, al establecer que, si así se pide, la Administración debe facilitar copia de las actuaciones practicadas, añadiendo que cuando haya dificultades, originadas por el volumen del expediente o por otras razones, la entrega de la copia podrá ser sustituida por la vista del expediente por un plazo suficiente para hacer posible la defensa del inculpado, contraviene el artículo 30 del Decreto 336/1986, de 6 de noviembre, que dispone que “se ha de facilitar copia completa del expediente al inculpado cuando así lo solicite” –hoy, artículo 46.4 del Decreto 243/1995, de 27 de junio.

El artículo 296, al establecer que cuando la simplicidad de los hechos y las responsabilidades así lo permita, el instructor podrá disponer la unificación del pliego de cargos y la propuesta de sanción en un solo trámite, vulnera la regulación que del expediente disciplinario se contiene en el Decreto 336/1986, de 6 de noviembre.

Por último, el artículo 304.3, en cuanto permite que el cómputo del plazo de prescripción de las faltas se inicie desde el momento en que la Administración haya tenido oportunidad razonable de conocer su omisión, contraviene el artículo 15.3 del Decreto 336/1986, de 6 de noviembre, que establece como *dies a quo* únicamente la fecha en que se comete la falta –hoy, artículo 22.2 del Decreto 243/1995, de 27 de junio.

2.4.9. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, en orden a la graduación de las faltas y sanciones, tiene en cuenta, además de lo que objetivamente se ha cometido o omitido, la intencionalidad, la perturbación del servicio, los daños producidos a la Administración o a los administrados, la reincidencia en las faltas, y la participación en la comisión de la falta (artículo 263 del Decreto 214/1990, de 30 de julio), que no coincide, aunque se aproxima, al principio de proporcionalidad de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que debe guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerando especialmente para la graduación de las sanciones la existencia de intencionalidad o reite-

ración, la naturaleza de los perjuicios causados, y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme. Sin perjuicio de volver a insistir en la necesidad de una regulación uniforme en materia de tanta relevancia, la mera aplicación de uno u otro precepto genera notable incertidumbre de todo punto impropia en un procedimiento sancionador disciplinario, más aún cuando algunas de las circunstancias a tener en cuenta para la graduación de las faltas y sanciones forman parte integrante e indisoluble de las mismas; así por ejemplo todas aquellas en que el tipo viene constituido por la causación de daños a bienes de la Administración o por la reiteración de una determinada conducta o por la reincidencia, o por la exigencia de un dolo –intencionalidad– específico. Por lo demás, las dudas se extienden a si se trata de una lista cerrada, ya que el precepto habla de tener en cuenta, o si, por el contrario, se trata de una lista abierta en la que se citan algunas, pero no todas, las circunstancias a tener en cuenta, pudiendo apreciarse otras como las que en el Código penal se articulan detalladamente como circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad penal (artículos 21 y 22).

2.4.10. El denunciante en el procedimiento sancionador

El denunciante tiene derecho a la notificación de la iniciación (artículo 274 del Decreto 214/1990, de 30 de julio) y a la terminación del procedimiento disciplinario (artículo 301 del Decreto 214/1990, de 30 de julio).

La STS de 15 de julio de 2002 resume la doctrina del Tribunal Supremo, partiendo de la fijada en la STS de 5 de noviembre de 1999, que afirma:

a) En reiterada jurisprudencia, de la que pueden ser exponente, entre otras, las sentencias de 19 de mayo, de 2 de junio, de 23 de junio y de 30 de junio de 1997, así como posteriores sentencias, entre las que destacan las de 9 y de 22 de diciembre de 1997, de 14 de julio de 1998 y de 2 de marzo de 1999, ha analizado la cuestión relativa a la falta de legitimación activa de la parte recurrente, y a su vez denunciante, en procedimientos sancionadores, singularmente con ocasión de denuncias formuladas por particulares contra jueces y magistrados, cuestión que ha sido resuelta señalándose, en principio, que el denunciante está legitimado con arreglo al artículo 28.1.a) de la Ley reguladora de esta jurisdicción, en relación con el artículo 24 de la Constitución, para obtener una respuesta del Tribunal, mas al abordarse nuevamente la cuestión resultó preciso su reexamen, que ha justificado en otros casos una solución diferente y que ha sido recogida en las sentencias de 19 de mayo de 1996, de 23 y de 30 de junio de 1997, y de 9 y de 22 de diciembre de 1997, y en otras posteriores como la de 14 de julio de 1998.

b) Partiendo de que la respuesta a la cuestión de la legitimación activa del recurrente-denunciante debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una denegación indiferenciadas para todos los casos, ha de entenderse que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda y determinación de ese interés, cuya alegación y prueba cuando es cuestionado; es una carga que incumbe a la parte que se lo arroga, estimándose que el referente de tal interés no puede ser sólo un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, ya que únicamente tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva y no meramente formal, y que en principio ha de ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél, siendo la consecuencia inmediata de este planteamiento que, si se niega la condición de parte en el procedimiento administrativo, por falta de interés en él, se carece ya de una base (en términos sustancialistas) para poder sustentar esa misma condición en un ulterior proceso impugnatorio de actos de aquél, pues el mero dato formal de la existencia de un acto dictado en el procedimiento administrativo no tiene *per se* entidad suficiente para alumbrar un interés nuevo diferenciable del existente antes (el archivo del expediente sancionador sin sanción no genera tal acto de archivo por sí mismo un interés nuevo e independiente y diferenciable del preexistente), lo que no acontece si la Administración ha reconocido en vía procedimental administrativa dicha condición.

c) La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en expediente abierto en virtud de una denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o un gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada.

d) La base del anclaje de un interés legitimador del denunciante en vía disciplinaria sobre la que poder sustentar una hipotética condición de parte en el procedimiento administrativo a que pueda dar lugar la denuncia, o una derivada condición de parte procesal en un ulterior recurso contencioso-administrativo de impugnación de resoluciones dictadas en aquél, ha de situarse desde la perspectiva de la existencia de un interés "real", con la amplitud que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene interpretando el artículo 28.1.a) de la Ley jurisdiccional de 1956 por exigencias del ar-

tículo 24.1 de la Constitución y, por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional (STC 143/1987, F 3), el interés legítimo a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución –y en el que debe de disolverse el concepto más restrictivo del artículo 28.1.a) de la ley de esta jurisdicción, del año 1956–, "equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta" (STC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras). ■

Estudio sobre el actual régimen jurídico estatal y autonómico de las relaciones entre la ordenación del territorio, el medio ambiente, la seguridad vial y las infraestructuras viarias

1. Introducción.
2. Repercusiones del urbanismo y la seguridad vial en el régimen jurídico de los tramos urbanos.
2.1. Competencias sobre la conservación y explotación del dominio público viario de las travesías. 2.2. Las excepciones al sistema de zonificación de las propiedades colindantes. 2.2.1. Breve referencia a los diferentes modelos contenidos en las normas viarias a propósito de la zonificación de los terrenos colindantes con las carreteras. 2.2.2. Las especialidades de la zonificación de los terrenos colindantes con tramos urbanos y travesías. 2.2.2.1. Las excepciones a la línea límite de edificación y las medidas de protección contra los ruidos y la contaminación producidos por el uso viario. 2.2.2.2. La importancia de la seguridad vial y del urbanismo en el establecimiento de los requisitos para el establecimiento de las excepciones al sistema general de zonificación. 2.2.3. Competencias. 2.3. Autorizaciones y licencias. 2.3.1. Consideraciones generales. 2.3.2. La seguridad vial como principal factor en la necesidad de autorización en las actividades de los colindantes. 2.3.3. Especial referencia a la edificación. 2.3.3.1. Referencia a las relaciones entre la normativa viaria y la urbanística. La importancia de la seguridad vial y del entorno paisajístico en dichas relaciones. 2.3.3.2. Actuaciones en torno a la edificación. 2.3.4. Competencias. 2.3.4.1. Las distintas competencias según se trate de travesías o tramos urbanos. 2.3.4.2. Distinción entre actividades realizadas por el titular de la carretera y actividades realizadas por otros sujetos. 2.3.4.3. La influencia de la zonificación de los terrenos colindantes con las vías en las competencias administrativas para autorizar actividades relacionadas con la colindancia en travesías y tramos urbanos. 2.3.4.4. El criterio de atribuciones competenciales según se trate de municipios con planificación o sin planificación urbanística. 2.3.4.5. Repercusiones en las competencias administrativas de las actividades que afectan a la calzada o a la seguridad vial. 2.3.5. Bases para el otorgamiento o la denegación de las autorizaciones. 2.3.5.1. Informes previos a las autorizaciones administrativas. 2.3.5.2. Autorizaciones administrativas. 2.3.6. Técnicas de colaboración.

Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli
*Profesora titular de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho de
la Universidad Complutense de Madrid*

1. Introducción

Siendo éste un tema de gran importancia teórica y práctica, no está exento de dificultades desde su mismo planteamiento. Efectivamente, la primera dificultad nos la encontramos al intentar concretar el objeto de nuestro estudio. Estamos tratando de términos que en los últimos años han evolucionado de tal forma que en la actualidad resultan vocablos muy generales y poco precisos. De aquí que tengamos que intentar concretar su contenido conceptual.

Por infraestructura viaria se va a entender la vía que comunica dos poblaciones. En este sentido, las vías públicas interurbanas se encuadran en la ordenación del territorio como infraestructuras de comunicación terrestre respecto de las cuales tendrá que tenerse en cuenta su impacto ambiental¹ en sus planificaciones, pero también la repercusión en la seguridad vial que conlleven determinadas medidas urbanísticas.² Sin embargo, hay que advertir que una misma carretera cuenta con partes diferenciadas, con problemáticas

muy distintas. Son precisamente los tramos de carreteras urbanas y las travesías los que entran más en conflicto con el urbanismo en el sentido más estricto de la expresión.³

Como puede observarse, establecer el tema de estudio en los conceptos “infraestructuras viarias”, “seguridad vial”, “medio ambiente” y “ordenación del territorio”, aunque resulta muy expresivo, no es muy preciso. En lo que a las carreteras respecta, son las redes arteriales, los tramos urbanos, las travesías, las circunvalaciones y las variantes los que más tendrán que ver con el urbanismo, mientras que las carreteras, entendidas como vías públicas interurbanas, es decir, como infraestructuras viarias, han de relacionarse con la ordenación del territorio y con el medio ambiente. En todas ellas la seguridad vial resulta de extrema importancia. Por ello, el urbanismo tendrá que tener muy en cuenta la seguridad vial. Sin embargo, pocas leyes de carreteras son las que así lo hacen. Tan sólo Cataluña y Navarra tienen esta visión global.⁴ Aquella comunidad autónoma aprobó la Ley 16/1985, de 11 de julio, de ordenación de las carrete-

1. Son numerosas las normas reguladoras de diferentes aspectos relacionados con el medio ambiente y las infraestructuras viarias. En cuanto a la normativa europea resaltamos: Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados; Directiva 97/11/CEE, de 3 de marzo de 1997, que modifica la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados. En el ámbito estatal cabe destacar: Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, sobre evaluación del impacto ambiental; Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre; Reglamento para la ejecución del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, sobre evaluación del impacto ambiental; Real decreto 646/1991, de 22 de abril, normas sobre limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión; Real decreto 1800/1995, de 3 de noviembre, que modifica el Real decreto 646/1991, de 22 de abril, sobre normas sobre limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión. En el ámbito autonómico: Andalucía: Ley 1/1994, de 7 de mayo, de protección ambiental; Castilla y León: Ley 8/1994, de 24 de junio, sobre evaluación del impacto ambiental y auditorías ambientales; Ley 6/1996, de 23 de octubre, de modificación de la Ley 8/1994, de 24 de junio, sobre evaluación del impacto ambiental y auditorías ambientales; Ley 57/1998, de 9 de julio, de modificación de la Ley 8/1994, de 24 de junio, sobre evaluación del impacto ambiental y auditorías ambientales; Canarias: Ley 11/1990, de 13 de julio, de protección del impacto ecológico en Canarias; Cataluña: Ley 6/1988, de 30 de marzo, forestal de Cataluña; Ley 9/1995, de 27 de julio, que regula el acceso motorizado al medio natural; Madrid: Ley 10/1991, de 4 de abril, de protección del medio ambiente en la Comunidad de Madrid; País Vasco: Ley 16/1994, de 30 de junio, de conservación de la naturaleza; Ley 2/1997, de 14 de marzo, modificadora de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de conservación de la naturaleza; Comunidad Valenciana: Ley 2/1989, de 3 de marzo, de evaluación del impacto ambiental.

2. Sobre seguridad vial, *vid.* las siguientes normas estatales: Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; Real decreto 13/1992, de 17 de enero, Reglamento general de circulación para la aplicación y el desarrollo del Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; Ley 5/1997, de 24 de marzo, de reforma de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; Ley 59/1997, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; Real decreto ley 12/1997, de 1 de agosto, de reforma del Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor

y seguridad vial; Real decreto 320/1994, de 25 de febrero, Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; Real decreto 1333/1994, de 20 de junio, sobre circulación urbana e interurbana y transporte por carreteras; Real decreto 1467/1995, de 1 de septiembre, sobre adecuación de pesos y dimensiones de los vehículos a la norma comunitaria; Real decreto 772/1997, de 30 de mayo, Reglamento general de conductores; Real decreto 116/1998, de 30 de enero, de adaptación de la Ley 5/1997 de reforma del Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, del Reglamento general de circulación y del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; Real decreto 2168/1998, de 9 de octubre, que regula la organización y el funcionamiento del Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial; Real decreto 2282/1998, de 28 de octubre, sobre tasas de intoxicación alcohólica; Orden de 10 de mayo de 1995 del Ministerio de Justicia e Interior sobre la utilización de los carriles para vehículos con alta ocupación; Orden de 23 de mayo de 1999, por la que se declara la utilización compartida del dominio público viario de las carreteras que integran la red de interés general del Estado a efectos de las instalaciones de redes públicas de telecomunicaciones; Real decreto 1476/1988, de 9 de diciembre, que garantiza la prestación de servicios esenciales en situaciones de huelga. En el ámbito autonómico se pueden destacar las siguientes normas: Cataluña: Ley 14/1997, de 24 de diciembre, de creación del Servicio Catalán de Tráfico, y Ley 9/1995, de 27 de julio, que regula el acceso motorizado al medio natural. Madrid: Ley 11/1997, de 28 de abril, que modifica la Ley 3/1991, de 7 de marzo, sobre normas reguladoras de las carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid, en los aspectos relativos a la financiación y explotación de las carreteras, así como a la función de vigilancia y control.

3. *Vid.* los artículos 2 a 12 y el 122 del Reglamento general de carreteras, aprobado por el Real decreto de 2 de septiembre de 1994. *Vid.* también las leyes de carreteras de las siguientes comunidades autónomas: Murcia, artículo 33; Asturias, artículo 16; Navarra, artículos 1.6, 2, 29.3, 30 y 31; Castilla y León, artículos 12.6, 13.2, 20.5, 26.1 y 2; Canarias, artículo 8.a), 45.1 y 2; Comunidad Valenciana, artículos 3.2, 10.3 y 4; Baleares, 4, 17.3 y 4, y artículo 29; Castilla-La Mancha, artículo 3.i), y Madrid, artículos 15.1 y 16.

4. *Vid.* la Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras de Cataluña. Así como las leyes de Navarra siguientes: Ley foral/1986, de 10 de octubre, de defensa de las carreteras de Navarra; Ley foral 12/1986, de 11 de noviembre, de ordenación del territorio, y Ley foral 2/1986, de 17 de abril, reguladora del control por el Gobierno de Navarra de la legalidad y del interés general de las actuaciones de las entidades locales de Navarra; Ley 21/2001, de 18 de octubre, de construcción, explotación y financiación de la vía de gran capacidad

ras de Cataluña, en virtud de la cual se adaptaba, por una parte, la Ley 51/1974, de 19 de diciembre, a las “peculiaridades de la red viaria catalana” y, por otra parte, se configuraba “el Plan de carreteras de Cataluña como instrumento básico de planificación, en el marco de la Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial” (preámbulo de la ley). Más tarde, en 1988, la Generalitat, su Gobierno, aprobó el Plan de carreteras de Cataluña, por medio del Decreto 311/1988, de 25 de octubre, con la naturaleza de plan territorial sectorial. La ley catalana de 1983 mencionada regula, por tanto, este sector de la ordenación del territorio. Así lo manifiesta el artículo 11.2 en referencia al Plan de carreteras de Cataluña. A su vez, esta misma comunidad aprobó el 24 de diciembre la Ley 14/1997, por la que se crea el Servicio Catalán de Tráfico. En 1995 había aprobado la Ley 9/1995, de 27 de julio, que regula el acceso motorizado al medio natural, y en 1998 aprobó el Decreto

130/1998, de 12 de mayo, sobre medidas de prevención en las carreteras. En la ley y el reglamento de carreteras estatal, así como en la mayoría de las normas viarias autonómicas, no se encuadran las carreteras como un subsector de la ordenación del territorio, sino que sus relaciones con esta materia vienen dadas a propósito de las redes arteriales y en cuanto a planes o a competencias principalmente.⁵

Desde este último aspecto surge el problema del tradicional planteamiento de disyuntiva en la prioridad entre las carreteras y el urbanismo,⁶ encuadrándose la solución casi en un tema de “antigüedad”, ya que si están aprobados instrumentos urbanísticos, principalmente, planes generales de urbanismo, las carreteras nuevas deberán acomodarse a éstos, pero si no lo están, las carreteras planificadas tendrán prioridad sobre los posibles futuros planes de urbanismo. Al final, este aparentemente sencillo complejo de relaciones entre los

Pamplona-Logroño; Decreto foral 349/1998, de 1 de diciembre, de derogación de diversas normas en materia de carreteras; Decreto foral 154/1999, de 10 de mayo, que regula las travesías pertenecientes a la Red de Carreteras de Navarra y el procedimiento para obras de reforma; Decreto 184/1998, de 8 de junio, que modifica la categoría, la nomenclatura, la denominación y el kilometraje de diversas vías de comunicación integradas en la red de Navarra.

5. Sobre la normativa viaria, *vid. Legislación sobre carreteras. Estudio sobre la evolución de la normativa viaria*, Madrid, 2000, dirigido por la autora de este trabajo y en el que se incluye una investigación histórica de la misma autora. Las normas reguladoras con las carreteras autonómicas que en este trabajo citamos son las siguientes: Andalucía, Ley 8/2001, de 12 de julio, reguladora de las carreteras; Orden de 28 de julio de 1998, por la que se integra la red de carreteras del Estado de Ceuta y Melilla, en el ámbito de actuación de las demarcaciones de carreteras del Estado, de Andalucía Occidental y de Andalucía Oriental, respectivamente; Ley 1/1994, de 7 de mayo, de protección ambiental. Aragón, Ley 1/1993, de 5 de abril, de régimen jurídico de la red de carreteras autonómicas en la Comunidad de Aragón; Ley 8/1998, de 17 de diciembre, sobre atribución de competencias a los consejos insulares en materia de carreteras y caminos; Decreto 59/2001, de 20 de abril, que aprueba definitivamente la modificación puntual del Plan Director Sectorial; Decreto 87/1998, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Plan Director Sectorial. Canarias, Ley 2/1989, de 15 de febrero, sobre normas provisionales de carreteras y caminos para Canarias; Ley 9/1991, de 8 de mayo, de carreteras de Canarias; Ley 2/1989, de 15 de febrero, de normas provisionales para carreteras de Canarias; Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las administraciones públicas canarias; Decreto 366/1985, de 1 de octubre, por el que se crea y regula el Plan Regional de Carreteras de Canarias; Ley 11/1990, de 13 de julio, de protección del impacto ecológico en Canarias. Cantabria, Ley 5/1996, de 17 de diciembre, de carreteras de Cantabria; Decreto 55/2000, de 10 de julio, sobre el Catálogo de la Red Autonómica de Carreteras. Castilla y León: Ley 2/1990, de 16 de marzo, de carreteras de la Comunidad de Castilla y León; Ley 8/1994, de 24 de junio, de evaluación del impacto ambiental y auditorías ambientales; Ley 6/1996, de 23 de octubre, de modificación de la Ley 8/1994, de 24 de junio, de evaluación del impacto ambiental y auditorías ambientales; Ley 5/1998, de 9 de julio, de modificación de la Ley 8/1994, de 24 de junio, de evaluación del impacto ambiental y auditorías ambientales. Castilla-La Mancha, Ley 9/1990, de 28 de diciembre, sobre normas reguladoras de las carreteras y los caminos de Castilla-La Mancha, modificada por la Ley 7/2002, de 9 de mayo, de carreteras y caminos. Cataluña, Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial; Ley 16/1985, de 11 de julio, de carreteras y caminos, ordenación de las carreteras de Cataluña; Decreto 311/1993, de 25 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Carreteras de Cataluña; Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras de Cataluña; Ley 14/1997, de

24 de diciembre, de creación del Servicio Catalán de Tráfico; Ley 9/1995, de 27 de julio, que regula el acceso motorizado al medio natural; Decreto 130/1998, de 12 de mayo, sobre medidas de prevención en las carreteras. Extremadura, Ley 7/1995, de 27 de abril, de carreteras de Extremadura. Galicia, Ley 4/1994, de 14 de septiembre, de carreteras de Galicia. Madrid, Ley 3/1991, de 7 de marzo, de carreteras de la Comunidad de Madrid; Ley 11/1997, de 28 de abril, de modificación de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, sobre normas reguladoras de las carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid, en los aspectos relativos a la financiación y explotación de las carreteras y a la función de vigilancia y control; Ley 14/1998, de 9 de julio, de modificación de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, sobre normas reguladoras de las carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid (modifica los artículos 30.1 y 31.1); Ley 10/1991, de 4 de abril, de protección del medio ambiente en la Comunidad de Madrid. Murcia, Ley 9/1990, de 27 de agosto, de carreteras de la Región de Murcia. Navarra, Ley foral 11/1986, de 10 de octubre, de defensa de las carreteras de Navarra; Ley foral 12/1986, de 11 de noviembre, de ordenación del territorio; Ley foral 2/1986, de 17 de abril, reguladora del control por el Gobierno de Navarra de la legalidad y del interés general de las actuaciones de las entidades locales de Navarra; Ley 21/2001, de 18 de octubre, de construcción, explotación y financiación de la vía de gran capacidad Pamplona-Logroño; Decreto foral 349/1998, de 1 de diciembre, de derogación de diversas normas en materia de carreteras; Decreto foral 154/1999, de 10 de mayo, que regula las travesías pertenecientes a la Red de Carreteras de Navarra y el procedimiento para obras de reforma; Decreto 184/1998, de 8 de junio, que modifica la categoría, la nomenclatura, la denominación y el kilometraje de diversas vías de comunicación integradas en la red de las de Navarra. País Vasco, Ley 5/2002, de 4 de octubre, que modifica la Ley 2/1989, de 30 de mayo, reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco; Ley 2/1991, de 8 de noviembre, modificadora del Plan General de Carreteras del País Vasco; Decreto foral 154/1999, de 8 de junio, de revisión del Plan General de Carreteras del País Vasco 1999-2010; Ley 16/1994, de 30 de junio, de conservación de la naturaleza; Ley 2/1997, de 14 de marzo, modificadora de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de conservación de la naturaleza. La Rioja, Ley 2/1991, de 7 de marzo, normas reguladoras de las carreteras de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 2/1998, de 11 de febrero, de aprobación y autorización del convenio de cooperación con Navarra en materia de infraestructuras viarias; Ley 8/2000, de 28 de diciembre, sobre el Plan Regional de Carreteras. Comunidad Valenciana, Ley 6/1991, de 27 de marzo, de carreteras de la Comunidad Valenciana; Ley 2/1989, de 3 de marzo, de evaluación del impacto ambiental. Ceuta y Melilla: Ceuta, Real decreto 2496/1996, de 5 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de carreteras; Melilla, Real decreto 340/1996, de 23 de febrero, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de carreteras.

6. *Vid.* el artículo 11 y sobre todo el 12 de la Ley de carreteras de Cataluña, en donde se habla de “administraciones sectoriales”.

dos sectores se reconvierte en un no menos complicado sistema de relaciones de coordinación cuyas técnicas son recogidas por todas las normas viarias, pero en la práctica el resultado positivo está muy relacionado con las conexiones políticas de los representantes de las administraciones titulares que hayan de negociar.⁷

Además, se debe añadir que los aspectos viarios están muy relacionados con otros ámbitos de actuación administrativa. Su incidencia en el suelo configura la relación estrecha entre las carreteras y el urbanismo o la ordenación del territorio,⁸ como ya hemos visto. Pero no sólo con estos ámbitos de actuación administrativa, ya que, por otro lado, la financiación de las infraestructuras terrestres hace que necesariamente se vean inmersos en el ámbito económico, en el que a la vez repercuten, dado que sus efectos se encuentran conectados con asuntos como los de transportes, turismo, comercio, modos de vida, etcétera. Por último, cabe mencionar las relaciones de las carreteras con los temas ambientales, sobre los que lógicamente producen consecuencias polivalentes, y en los que, como ha dicho Martín Mateo, se exige una reconsideración del territorio,⁹ ya que es una imprescindible técnica para el control ambiental.¹⁰ En este sentido, la ley de carreteras de 1988, a diferencia de la de 1974, incluye un precepto, el artículo 8, en el que tiene en cuenta el posible impacto en el medio ambiente que pudieran llevar consigo nuevos trazados de autopistas y autovías, de ahí que dicho artículo disponga la necesidad de que los proyectos de dichas vías, siempre y cuando supongan un nuevo trazado, incluyan una evaluación del impacto ambiental de acuerdo con la normativa aplicable. En este sentido, son de destacar leyes como la de Castilla y León de evaluación de impacto ambiental y auditorías ambientales, Ley de 24 de junio de 1994, 8/1994, o la catalana ya citada, de acceso motorizado al medio natural, de 27 de julio de 1995, Ley 9/1995 de la Generalitat de Cataluña. De todos estos ámbitos de intervención administrativa, nosotros nos dedicaremos aquí al estudio de los mismos en aquellos tramos

de infraestructuras viarias que más contacto tienen con el suelo urbano, esto es, las redes arteriales, los tramos urbanos, las travesías, etcétera.

2. Repercusiones del urbanismo y la seguridad vial en el régimen jurídico de los tramos urbanos

2.1. Competencias sobre la conservación y explotación del dominio público viario de las travesías

Los aspectos competenciales que recaen en este tipo de tramos de carretera son muchos y muy variados, por lo que, para un estudio de cada uno de ellos, debemos agruparlos. Nosotros hemos establecido en este trabajo dos grandes apartados en referencia al bien de dominio público que supone la travesía desde el punto de vista de su afectación a la circulación interurbana, aunque obviamente deberemos tratar asuntos que afectan o que incluso coinciden con la afectación a la circulación urbana. Es decir, al estudiar las competencias sobre travesías nos referimos fundamentalmente a las competencias sobre los tramos de carreteras así definidos, pero sin olvidar que las carreteras en estos tramos se identifican en algunos aspectos con las calles; por consiguiente, necesariamente se deben tratar asuntos, en este caso concreto, competenciales, que también son propios de las vías urbanas. Los dos bloques referidos conciernen a las relaciones del urbanismo con las redes arteriales en cuanto a la conservación y el mantenimiento de la vía, y en cuanto a las incidencias de la misma en las propiedades colindantes.

En lo que se refiere a las competencias en materia de conservación y explotación se produce unanimidad normativa tanto en el ámbito estatal como en el autonómico a favor de la competencia del titular de la carretera sobre estas materias.¹¹ En efecto, la Ley de carreteras de 1988,¹² en su artículo 40.1, señala que el Ministerio de Obras Públicas será competente para la conservación y explotación de aquellos tramos de las carreteras estata-

7. Vid. el título I del Reglamento general de carreteras de 1994, en concreto el artículo 21 y los artículos 6 y 10 de la Ley de carreteras estatal de 1988. Téngase en cuenta las modificaciones de este reglamento realizadas por los reales decretos 597/1999, de 16 de abril, y 114/2001, de 9 de febrero. Vid. también los siguientes artículos de diferentes normas viarias autonómicas: Murcia: 34.1; Asturias: 6.2, 14 y 15.16; Baleares: 7 y 16; Castilla-La Mancha: 29.2, 17.27.3 y 4; Comunidad Valenciana: 6.2, 16, 18 a 21, título VI, 33.2 y 3.37, 40.2 y disposición transitoria tercera; Madrid: 6.e), 10, 12 a 17, 22, 32.4, 33.1, 35 y 43.2; Navarra: 15, 29, 30 y disposición adicional segunda; Castilla y León: 9, 12, 13, 20.8 y 27; Canarias: 2.4, 16, 17 y 46.

8. Vid. en este sentido la obra de MARTÍN MATEO, R., *Urbanismo interdisciplinar*, Madrid, 1977.

9. MARTÍN MATEO, R. *Derecho ambiental*. Madrid, 1977, pág. 177, donde se hace una reflexión sobre la incidencia del trazado de autopistas, en cuanto a los ruidos y las emanaciones de los vehículos, en los temas ambientales. Vid. los artículos 9 y 31 de la Ley de carreteras de 1988 y del Reglamento general de carreteras de 1994, respectivamente.

10. La Ley de carreteras de 1974 abría la posibilidad de relación con los planes del Ministerio de Agricultura que no aparece en la ley de 1988. El

artículo 38.2 decía: "En las zonas a que se refiere el número anterior (zona de servidumbre y línea de edificación) y en las contiguas a las mismas, el Ministerio de Agricultura podrá llevar a cabo una ordenación especial del suelo rústico y de las explotaciones agrarias afectadas por las citadas vías." Vid. el artículo 79.2 del Reglamento de carreteras, y *passim* las *Actas del V Congreso Hispano-italiano de Profesores de Derecho Administrativo*, celebrado en Marbella en mayo de 1975, Madrid, 1977. Especialmente el trabajo presentado por BASSOLS COMA y GÓMEZ-FERRER MORANT sobre "La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos". Vid. también la Directiva del Consejo (85/337/CEE), de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO 175, de 5 de julio de 1985).

11. Vid. DE LAUBADERE, A., *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, París, 1935, págs. 136 a 155.

12. Vid. el capítulo VI del título 11 del Reglamento general de carreteras de 1994.

les que discurran por suelo urbano. Por su parte, las leyes de carreteras de las comunidades autónomas de Canarias,¹³ Castilla y León,¹⁴ Comunidad Valenciana,¹⁵ Baleares¹⁶ y Murcia¹⁷ también determinan al titular de la carretera como el competente en la conservación y explotación de dichas vías. Otras leyes de carreteras, como la de Madrid o la de Castilla-La Mancha, aun no estableciendo expresamente nada al respecto, dejan en sus textos la posibilidad de deducir fácilmente que la competencia sobre estas materias corresponderá al titular de la carretera de la que las travesías constituyan un tramo.

Cabe resaltar la regulación de la Ley 5/1990, de 24 de mayo, de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (ley que fue desarrollada por el Decreto 87/1998, de 16 de octubre, que aprobó el Plan director sectorial, aprobándose definitivamente una modificación puntual de dicho plan por el Decreto 59/2001, de 20 de abril). En el artículo 23.1 de esta ley se señala que “la conservación de la carretera se encargará al organismo que desarrolle la administración y gestión de la red en que se encuentre integrada, incluidas las condiciones de ambiente y estética de las mismas”. El mencionado precepto se encuentra en directa conexión con el artículo 5 de la misma ley, el cual regula las tres redes que integran las carreteras de las Islas Baleares: la Red Primaria y Secundaria, cuya titularidad corresponde a la comunidad autónoma y a los cabildos insulares respectivamente, y la Red Local y Rural, cuya titularidad corresponderá a los respectivos ayuntamientos.

A diferencia de otras normas viarias, la Ley de carreteras de Baleares no atribuye la competencia a los titulares de las carreteras de las que las travesías son sólo un tramo. Ni siquiera la atribuye a los titulares de las mencionadas redes, sino a aquellos organismos que estén encargados de la administración y gestión de las mismas.

Los organismos que tienen dichas competencias son los ayuntamientos, en cuanto a la Red Local y Rural, y con respecto a las otras dos redes o bien sus titulares o bien un organismo autónomo destinado a este fin, para cuya creación el artículo 5.2 otorga competencias a la comunidad autónoma. No obstante, las competencias de este organismo respecto de la Red Secundaria deberán ser aprobadas por el Pleno de los consejos insulares respectivos.

En definitiva, las competencias en materia de conservación de las travesías de la Comunidad Autónoma de

las Islas Baleares podrán corresponder a los ayuntamientos, en caso de que las travesías estén integradas en la Red Local y Rural. Pero si las travesías forman parte de carreteras integradas en la Red Primaria, el competente será el órgano correspondiente de la comunidad autónoma o el organismo autónomo por ella creado a tal efecto. Por último, si las travesías forman parte de la Red Secundaria, la competencia recaerá sobre los consejeros insulares respectivos, o sobre el mencionado organismo autónomo, en caso de que así lo hubieran aprobado éstos en Pleno.

Una vez señaladas las entidades que serán competentes para la conservación y explotación de las travesías, resulta apropiado proceder al estudio del contenido de tales competencias. El interés de dicho estudio viene dado por la escasa regulación sobre los mencionados contenidos. Es más, algunas normas hablan de “explotación y conservación”,¹⁸ otras sólo de “conservación”¹⁹ y otras de “conservación y mantenimiento”,²⁰ estableciendo las mismas entidades como competentes para todas estas materias. Sólo el concepto de explotación es definido legalmente. Las comunidades de Canarias,²¹ Madrid²² y Baleares²³ ofrecen definiciones legales del concepto de explotación de una carretera, siendo las de las dos primeras prácticamente iguales. Para estas dos comunidades, por explotación debe entenderse la conservación y el mantenimiento de las carreteras, además de las actividades dirigidas a la defensa de la vía y su uso, a la señalización, a la ordenación de accesos y a la regulación de las zonas establecidas en los terrenos colindantes. La ley de Baleares prácticamente recoge las mismas funciones en el concepto de explotación además de la ordenación del tráfico, que en realidad puede considerarse incluida en la defensa del uso.

La Ley de carreteras de la Comunidad Valenciana no define lo que debe entenderse por explotación, pero de la lectura de sus preceptos 28.2 y 14 puede considerarse que esta competencia incluye la función de mantenimiento en perfectas condiciones para su uso, la de garantizar la seguridad vial adoptando diversas medidas, de las que sólo se menciona la de retirar objetos de la calzada “sin perjuicio, en su caso, de comunicárselo a las autoridades competentes”, la de conservación de las calzadas y la de señalización de las vías. Por tanto, la ley valenciana excluye de la competencia sobre explotación la ordenación de accesos y la de las actividades que se hagan en las zonificaciones de los terrenos colindantes. Es más, esta ley atribuye a los ayuntamientos la compe-

13. *Vid.* el artículo 22.1.

14. *Vid.* el artículo 28.1.

15. *Vid.* el artículo 14.

16. *Vid.* el artículo 23.1.

17. *Vid.* el artículo 36.1.

18. El artículo 40.1 de la Ley estatal de 1988.

19. Artículo 14 de la Ley 6/1991, de 27 de marzo, de carreteras de la Comunidad Valenciana.

20. Artículo 22.1 de la Ley 9/1991, de 8 de mayo, de carreteras de Canarias.

21. Artículo 22.1.

22. Artículo 22.1.

23. Artículo 22.

tencia para realizar obras de urbanización de los terrenos del entorno de las calzadas incluidas en travesías o en redes urbanas o metropolitanas, y calzadas de servicio.²⁴

Existe, como puede observarse, una gran dificultad a la hora de establecer en qué consiste exactamente la competencia sobre el mantenimiento de las travesías.²⁵ Primero, porque no hay ninguna ley que describa el contenido de esta competencia; segundo, porque las que la incluyen en la explotación tampoco la definen clara y unívocamente, de forma que se utilizan conceptos jurídicos indeterminados como “defensa de las carreteras” o “seguridad”²⁶ sin especificar tampoco qué medidas concretas podrán entrar en dicha competencia para garantizar la defensa o la seguridad de las vías.²⁷

Lo que sí se puede deducir de los preceptos señalados es que la competencia sobre la explotación de la carretera es más general que la de conservación, estando incluida ésta en aquélla.²⁸ Por otro lado, también parece estar claro que en la competencia sobre explotación se incluyen sectores competenciales que no sólo afectan al dominio público viario en sí,²⁹ sino también a sus usos y a la seguridad de éstos.³⁰

En referencia a la competencia sobre conservación de las vías,³¹ queda claro que ésta sí afecta al bien de dominio público que constituyen las travesías.³² Sin embargo, las actividades que se puedan considerar incluidas en la misma tampoco están definidas. Por otro lado, atendiendo a la significación conceptual del término “conservación”, se concluye que incluir en la descripción legal de explotación las materias de conservación y mantenimiento es una redundancia, dado que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua,³³ en su acepción primera define la palabra “conservar” como “mantener una cosa o cuidar su permanencia” y, con respecto a la palabra “mantener”, en

su acepción segunda señala: “conservar una cosa en su ser, darle vigor y permanencia”. Por tanto, las competencias de conservación y mantenimiento de una travesía suponen la misma idea, la de cuidar de la obra pública, procurando que su buen estado dure permanentemente.³⁴ Por ello, las funciones de los órganos competentes en la conservación de la carretera se encaminarán a pequeñas obras públicas que persigan la finalidad señalada.

A propósito de estas obras, las leyes de carreteras de la Comunidad Valenciana³⁵ y de Castilla-La Mancha³⁶ señalan que se podrán realizar sin necesidad de licencia municipal ni de los demás actos de control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

No debemos olvidar la posibilidad de establecer convenios entre el ayuntamiento y la entidad titular de la carretera que, en materia de conservación y explotación (materia que según el artículo 40.1 de la ley corresponde siempre al Ministerio de Obras Públicas en las carreteras estatales), favorece el artículo 128 del Reglamento de carreteras³⁷ además de la regulación local.

2.2. Las excepciones al sistema de zonificación de las propiedades colindantes

2.2.1. Breve referencia a los diferentes modelos contenidos en las normas viarias a propósito de la zonificación de los terrenos colindantes con las carreteras

El sistema de zonificación establecido en la Ley de carreteras de 1974 es mantenido en la ley de 1988 vigente,³⁸ graduando los efectos de las vías públicas interurbanas en los terrenos colindantes. Sin embargo, para las travesías y los tramos urbanos este sistema de zonificación queda excepcionado. Efectivamente, la Ley de carreteras de 29 de julio de 1988 dedica el capítulo 111 al “uso y

24. Artículo 14.

25. Sobre la distinción entre “la police de la circulation” y la de “la conservation”, vid. NAINÉ, CH., *Les routes publiques et leur utilisations par les particuliers*. Lausana, 1943, pág. 44.

26. Vid. sobre la defensa del dominio público ante la circulación, DE LAUBADÈRE, A., *L'automobile...*, op. cit., pág. 286.

27. VID. BONNARD, R., *Précis de droit administratif*. 4.ª ed. París, 1933, pág. 416 y ss.

28. Vid. DE LAUBADÈRE, A., *L'automobile...*, op. cit., pág. 244, en donde se estudia la intervención de la Administración en la conservación de las vías en general, haciendo referencia al “pouvoir de police”, “pouvoir financier” y al “droit de propriété”, págs. 228 a 273.

29. VID. HAURIQU, M., *Précis de droit administratif et de droit public*. 7.ª ed. París, 1911, pág. 704.

30. Vid. LEYVAZ, J., *Les utilisations normales des voies publiques par les particuliers*. Lausana, 1956, pág. 53 y ss.

31. Vid. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*. 2.ª ed. París, 1846, T. 11, pág. 667 y ss.

32. Sobre la “Distinction des compétences de police de circulation et de conservation”, vid. DE LAUBADÈRE, A., *L'automobile...*, op. cit., pág. 244 y ss.

33. Madrid, 1984. 20.ª edición.

34. Vid. BERTRAND, P., *Manuel pratique de la voirie urbaine*. París, 1961, págs. 918 y 919.

35. Artículo 15 de la Ley 6/1991 de 27 de marzo de carreteras de la Comunidad Valenciana.

36. Artículo 19 de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de carreteras y caminos de Castilla-La Mancha. Esta ley fue modificada por la Ley 7/2002, de 9 de mayo, de carreteras y caminos.

37. Dice así: “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 40 de la ley, el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y las corporaciones locales respectivas podrán convenir lo que estimen procedente en orden a la mejor conservación y funcionalidad de tales vías.” Vid. también los siguientes artículos de las leyes de carreteras de las siguientes comunidades autónomas: Murcia, 3.6; Baleares, 22 y 23; Castilla-La Mancha, 19; Comunidad Valenciana, 14 y 28; Madrid, 24.4, 25 y 38; Castilla y León, 28; Canarias, 22, 23, 35.2 y 49.

38. Vid. los artículos 73 a 86 del Reglamento general de carreteras de 1980. Vid. también los siguientes artículos de las leyes de carreteras de las siguientes comunidades autónomas: Murcia, 23; Baleares, 30; Castilla-La Mancha, 23, 25, 26 y 27; Comunidad Valenciana, 31 a 35; Madrid, 29 a 31; Navarra, 1, 3 y 31; Castilla y León, 16 a 18; Canarias, 24 a 29 y 47.

defensa de las carreteras”.³⁹ La primera sección se refiere precisamente a las limitaciones a la propiedad, basando su regulación en un sistema de zonificación de los territorios colindantes con la carretera.⁴⁰ Como es sabido, las zonas referidas son las de “dominio público”, las de “servidumbre” y “afección” y la línea límite de edificación. Cada una de estas zonas contiene una serie de repercusiones jurídicas sobre las propiedades privadas graduadas según la proximidad de las propiedades a la carretera.

En la normativa autonómica se ha seguido también este sistema de zonificación, graduándose las repercusiones de las carreteras en las propiedades colindantes en atención a dicho sistema. Pero no todas las comunidades autónomas recogen el modelo estatal de zonificación, aunque en la mayoría de las ocasiones los cambios se producen solamente en las denominaciones de dichas zonas. Tan sólo tres comunidades autónomas siguen el mismo modelo de la ley estatal. Se trata de Canarias, Castilla y León y la Comunidad Foral de Navarra. Castilla-La Mancha cambia la denominación de “zona de afección” por la de “zona de protección” de la carretera. Las comunidades de Madrid y Valencia suprimen las zonas de “servidumbre” y “afección” y, sin embargo, regulan la denominada “zona de protección” además de la denominada por la Comunidad Valenciana “zona de reserva”. En cuanto a la “línea límite de edificación”, no todas las normativas autonómicas la recogen, aunque sí regulan todas ellas prohibiciones a la edificación en las proximidades de las carreteras. Nosotros no entraremos en el estudio de dichas variaciones en los sistemas de zonificación autonómicos respecto del modelo estatal, dado que dichas zonificaciones se plantean especialmente para la protección de las carreteras. En cambio, sí resultan relacionadas con el objeto de nuestro trabajo las excepciones que en cuanto a dichos sistemas se especifican para los tramos urbanos y las travesías.

2.2.2. Las especialidades de la zonificación de los terrenos colindantes con tramos urbanos y travesías

Los tramos urbanos y las travesías, por ser carreteras, estarían sujetos a todo el sistema de zonificación descrito. Empero, al contar con unas características especiales se produce una imposibilidad práctica a la hora de aplicar dicha zonificación a los mismos. Sólo la zona

de dominio público sigue el régimen general establecido para las carreteras. En las zonas de servidumbre y afección, o en las denominadas de protección y reserva, reguladas por normas viarias de ámbito autonómico, se producen grandes variaciones respecto del resto de las carreteras. Muestra de ello es el artículo 32.1 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el cual regula la posibilidad de que, en las travesías, las zonas de dominio público, reserva y protección coincidan en una sola.

Las excepciones suelen fijarse para los terrenos colindantes con travesías, como ocurre en el caso de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.⁴¹ Pero en otras ocasiones se utilizan diferentes expresiones para identificar los tramos de carreteras que quedan excepcionados de la división de los terrenos colindantes que se realiza en las carreteras. Estas otras expresiones son “suelo urbano” (leyes de carreteras de las comunidades de Madrid⁴² y Valenciana⁴³) o también, “urbanizable programado”,⁴⁴ “urbanizable” (Ley de carreteras de Canarias),⁴⁵ “núcleos de población” (Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Canarias) o también “zonas urbanas” (Ley de carreteras de Castilla y León).⁴⁶ Sin embargo, en la gran mayoría de las ocasiones no se distingue entre el régimen de zonificación de unos tramos y otros.

2.2.2.1. Las excepciones a la línea límite de edificación y las medidas de protección contra los ruidos y la contaminación producidos por el uso viario

Las excepciones más frecuentemente reguladas van dirigidas en torno a la línea límite de edificación. En referencia a ella se toman tres actitudes: o bien se suprime la línea límite de edificación,⁴⁷ o bien se permite que se modifiquen las alineaciones, o, por último, se establece la posibilidad de la existencia de una zona ajardinada.

En cuanto a la primera y tercera posibilidades, resulta interesante el artículo 32.1 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que señala:

“En los suelos con edificación consolidada en más de un veinticinco por ciento en uno o ambos márgenes, coincidirán con las alineaciones existentes, excepto en puntos singulares. En los suelos en los cuales la edificación no esté consolidada en un veinticinco por ciento pueden preverse vías auxiliares, jardines, pantallas anti-

39. Sobre la derogada Ley de carreteras de 1974, vid. PAREJO GÁMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J. M., *Lecciones de dominio público*, Madrid, 1976, pág. 262 y ss.

40. Vid. los trabajos de MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. L., “El concepto de limitación a la propiedad privada. Especial referencia a la propiedad colindante a carreteras y autopistas”. *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 844, 1979, págs. 35 a 109. ESCRIBANO COLLADO, P., “Los derechos de los colindantes con vías públicas urbanas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 71, 1973, págs. 101 a 151.

41. Artículo 27.3.

42. Artículo 33.1.

43. Artículo 33.2.

44. Artículo 33.1, citado.

45. Artículo 47.

46. Artículo 20.3.

47. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990 (Aranzadi 4396) sobre obras realizadas en edificaciones colindantes con la carretera. En ella se especifica la diferenciación entre obras “imprescindibles” o “necesarias” para la conservación y mantenimiento de la habitabilidad del edificio.

48. Vid. los artículos 20.3 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y 27.3 de la de Castilla-La Mancha.

ruidos y otros elementos que eviten el contacto directo de la población residente y el tráfico de tránsito [...].”

Con respecto a esta última posibilidad, también la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Canarias, en el artículo 42, atiende a la protección de “la calidad de vida en las futuras urbanizaciones, mediante el establecimiento de una franja ajardinada de separación de la carretera que proteja a los usuarios de la zona urbana de los ruidos y la contaminación producidos en la carretera” para los terrenos situados en márgenes de carreteras que sean clasificados como urbanizables. Pero las excepciones al sistema de zonificación más frecuentemente recogidas por el ordenamiento viario suelen ser las encaminadas a la modificación de alineaciones, especialmente en referencia a la disminución de la distancia de la línea de edificación.⁴⁹ Ésta es la excepción a la zonificación general que esencialmente regula, en su artículo 25.2, la Ley de carreteras de 1988 en cuanto a las carreteras estatales que discurran por zonas urbanas total o parcialmente.

2.2.2.2. La importancia de la seguridad vial y del urbanismo en el establecimiento de los requisitos para el establecimiento de las excepciones al sistema general de zonificación

Con frecuencia, las normas autonómicas, a diferencia de la estatal citada anteriormente, señalan una serie de requisitos que hay que tener en cuenta para excepcionar el sistema de zonificación general. Estos requisitos están referidos a dos aspectos: la seguridad vial y el respeto al planeamiento urbanístico. En cuanto al primero, se exige, por ejemplo, que se tengan en cuenta los accesos a las carreteras en los tramos que se pretende excepcionar o la ordenación de sus márgenes. Resulta lógico que las excepciones tengan en cuenta este factor de seguridad vial, dado que las prohibiciones y limitaciones a las propiedades colindantes que se pretende salvar se constituyen precisamente en aras de una mayor seguridad. En cuanto al respeto al ordenamiento urbanístico, las leyes de carreteras de las comunidades autónomas de Canarias, Castilla y León y Castilla-La Mancha⁵⁰ señalan que se podrán establecer distancias inferiores a la de edificación siempre que “lo permita el planeamiento urbanístico correspondiente”. Se trata, por un lado, de procurar la menor edificación posible junto a las carreteras y de dar prioridad en este sentido a la planificación urbanística que sea más restrictiva en este punto que la propia de carreteras. Por otro, se impi-

de que se admitan, por la vía de la normativa viaria, edificaciones en terrenos que el planeamiento urbanístico no admite.

2.2.3. Competencias

En conexión con el último punto referido, es importante señalar el procedimiento por el que se pueden establecer dichas excepciones a la zonificación general y en concreto a la edificación en terrenos colindantes con las carreteras. Las regulaciones sobre este aspecto difieren, pudiendo distinguirse entre las normas viarias que remiten a la planificación urbanística para la fijación de las mismas y aquellas otras que otorgan la competencia sobre esta materia al titular de la carretera. Con respecto al primer grupo, resulta de interés el precepto 32.2 y 3 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma Valenciana, ya que regula las excepciones al sistema de zonificación de los terrenos clasificados como urbanos remitiendo al planeamiento urbanístico correspondiente, previo informe del titular de la carretera, que será preceptivo. Pero, en defecto de este planeamiento, la competencia será del titular de la carretera.⁵¹ La Ley de carreteras de la Comunidad de Madrid también sigue este sistema para las excepciones al sistema de zonificación en los tramos de carreteras que discurran por suelos clasificados como suelo urbano o urbanizable programado, pero requiriendo también un informe previo y favorable de la Consejería de Política Territorial de dicha comunidad.

En cuanto al segundo grupo, la Ley de carreteras de 1988⁵² y las leyes de carreteras de las comunidades autónomas de Castilla y León y de Castilla-La Mancha⁵³ otorgan la competencia para establecer tales excepciones a los titulares de las vías. Cabe destacar dentro de este mismo grupo de normas la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Canarias, que en su artículo 47.1 señala que la competencia para “fijar la línea límite de edificación” en los “tramos de carreteras que discurren total o parcialmente por núcleos de población” corresponde al titular de la carretera, pero admite que esta fijación se haga a iniciativa del ayuntamiento, el cual, tras solicitarlo a dicho titular, deberá ser autorizado.

2.3. Autorizaciones y licencias

2.3.1. Consideraciones generales

Nos referimos en este apartado a las autorizaciones administrativas⁵⁴ necesarias para la realización de activi-

49. En sus artículos 47.1, 20.3 y 27.3, respectivamente.

50. Vid. el artículo 32.1 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

51. Artículo 25.

52. En los artículos 20.3 y 27.3, respectivamente.

53. El sometimiento a autorización es una técnica propia de la actividad de policía que resulta ser una medida cautelar para la seguridad de la vía. Vid.

sobre el tema en general la bibliografía citada en nuestro trabajo *Carreteras. Su régimen jurídico*, entre la que cabe destacar la siguiente: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1981, pág. 119 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Las licencias de urbanismo*, Madrid, 1978; MANZANEDO HERNANDO y GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho Administrativo Económico. Ensayo de una sistematización*, Madrid, 1970; DE LA CUÉTARA, M., *La actividad de la Administración*, Madrid, 1986.

dades relacionadas con la colindancia de las carreteras.⁵⁴ El régimen jurídico de dichas autorizaciones será diferente atendiendo al tipo de actividad,⁵⁵ al sujeto que la realice y al tipo de vía en el que se hagan. Las principales peculiaridades con respecto a las propiedades colindantes con la travesía se encuentran en el régimen de las autorizaciones, puesto que de los tres tipos de obligaciones que se establecen para los propietarios de los terrenos colindantes con las carreteras, a saber, obligaciones de dejar hacer en la zona de servidumbre, obligaciones de no hacer en las zonas de servidumbre y de afección, y obligaciones de sometimiento a autorización en relación con determinadas actividades en los terrenos colindantes con travesías, afectarán a los propietarios de éstos, principalmente las últimas.

En las redes arteriales y en concreto en las travesías también se requiere, como ocurre con el resto de las carreteras, una serie de trámites administrativos dirigidos a la autorización por parte de los órganos competentes para poder realizar actividades particulares en los terrenos colindantes con las vías. En otro lugar nos referimos al estudio de dichas autorizaciones y licencias,⁵⁶ aunque a propósito de la generalidad de las carreteras.⁵⁶ Ahora debemos dedicarnos al estudio de las especificidades que las vías que nos ocupan presentan en relación con esta cuestión.

Dentro de estas vías diferentes de las carreteras convencionales se debe distinguir entre las autorizaciones administrativas necesarias para las travesías y aquellas que son exigibles para otras clases de vías que también forman parte de redes arteriales, como, por ejemplo, tramos urbanos y circunvalaciones o variantes.⁵⁷ Dado que para estos dos últimos tipos de vías el régimen jurídico es muy parecido al de las carreteras, nosotros nos dedicaremos más al de los tramos urbanos y sobre todo al de las travesías. En relación con estas vías también hay que establecer una distinción teniendo en cuenta si el sujeto que realiza la actividad es el propio

titular de la vía o si se trata del ayuntamiento o de un colindante.

2.3.2. La seguridad vial como principal factor en la necesidad de autorización en las actividades de los colindantes

Las actividades relacionadas con la colindancia de las vías⁵⁸ para cuya realización se necesita autorización administrativa previa prácticamente no varían en función del tipo de vía de que se trate, aunque resulta evidente que no podrán realizarse normalmente en los terrenos colindantes con las travesías y los tramos urbanos determinadas actividades como, por ejemplo, las labores agrícolas.⁵⁹ Estas actividades o aquellas otras que no se especifican en el régimen de las travesías regulado en las diferentes normas viarias, en caso de producirse en ellas, seguirán el tratamiento que para las carreteras en general se especifica. Por ello haremos referencia a todas ellas.

La mayoría de las normas viarias se refieren a las actividades necesitadas de autorización administrativa para su realización con expresiones genéricas tales como "obras o actividades"⁶⁰ o "actos de construcción o uso del suelo",⁶¹ etc. Ésta es la expresión utilizada por el Reglamento general de carreteras de 1994 en su artículo 125. Pero en ocasiones se especifican determinadas actividades, ya sea por su mayor frecuencia de producción, ya sea por incidir más en la seguridad de la vía. Precisamente es la seguridad vial uno de los requisitos necesarios para que las actividades sean autorizadas. Las comunidades autónomas de Baleares, Madrid y Canarias así lo señalan en sus leyes de carreteras en los artículos 33.2, 32.2⁶² y 47 respectivamente. En concreto, el artículo 33.2 de la ley de Baleares señala: "Las obras o actividades en las citadas zonas no podrán afectar a la seguridad del tráfico y deberán mantener como mínimo las condiciones previas de visibilidad y geometría." En otros casos, como en la Ley de carreteras de Canarias,⁶³ las autorizaciones para tales actividades se supeditan a la condición de que las

54. Vid. sobre colindancia, ESCRIBANO COLLADO, P., *Las vías urbanas. Concepto y régimen de uso*, Madrid, 1973, págs. 437 a 472; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "La situación de los colindantes con las vías públicas", en RAP n.º 69.

55. Vid. DE LAUBADÈRE, A., *L'automobile...*, op. cit., págs. 205 a 215, en donde estudia las autorizaciones necesarias para las instalaciones de gas y de electricidad; BERTHELÉMY, "Communes et gaziers", en *Rev. pol. et parl.*, 1917, págs. 23 a 49; MESTRE, "La révocation des permissions de voirie", en *Revue des concessions*, 1923.

56. Vid. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras. Su régimen jurídico*, Madrid, 1990, pág. 277 y ss.

57. Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1994 (Aranzadi 3854) en la que se estudia la necesidad de una autorización para la instalación de una estación de servicio en terreno contiguo a un enlace.

58. Vid. LEYVAZ, J., *Les utilisations normales...*, op. cit., pág. 24 y ss.

59. Vid. MARCOTTI, G., *De la voirie publique par terre. Grande voirie, voirie urbaine, chemins vicinaux*, Bruselas, 1930, pág. 5 y ss.

60. Vid. los artículos de las leyes de carreteras siguientes: 14.1 y 31 de la

Ley foral 11/1986, de 10 de octubre, de defensa de las carreteras de Navarra; 15 de la Ley 13/1986, de 28 de noviembre, de ordenación y defensa de las carreteras del Principado; 32.2, 33.1 y 23.3 de la Ley 5/1990, de 24 de mayo, de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; 44.1 de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de carreteras y caminos de Castilla-La Mancha; 34 de la Ley 6/1991, de 27 de marzo de carreteras de la Comunidad Valenciana; 32.2 y 33.2 de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de carreteras de la Comunidad de Madrid; 16.2, 17.2, 18.2 y 27.1 de la Ley 2/1990, de 16 de marzo de carreteras de la Comunidad de Castilla y León; 48, 25, 26 Y 27.2 de la Ley 9/1991, de 8 de mayo, de carreteras de Canarias; 39.1 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras.

61. Vid. los artículos de las leyes siguientes: 12.1 y 13.1 de la citada ley foral de Navarra; 27.2 de la ley citada de Castilla y León y 27.8 de la Ley de carreteras de Canarias ya citada.

62. Este precepto señala: "En ningún caso podrán autorizarse obras o actuaciones que disminuyan la seguridad viaria, dificulten la entrada en la zona de protección y la eventual ocupación de los terrenos o perjudiquen la explotación de la carretera."

63. Artículos 25.3, 26.2 y 27.2.

mismas cumplan un servicio público de interés general.⁶⁴

Como señalábamos anteriormente, las actividades a las que nos referimos se encuentran especificadas en ocasiones en las normas viarias. Éste es el caso de las labores agrícolas,⁶⁵ los cierres de las propiedades colindantes,⁶⁶ las obras de movimientos de tierra, las explotaciones mineras,⁶⁷ la construcción de piscinas o de pozos,⁶⁸ los aparcamientos en superficie,⁶⁹ las instalaciones deportivas o turísticas⁷⁰ o para la venta de combustible,⁷¹ los accesos⁷² y las actividades en la vía que afecten a la calzada,⁷³ etc. Especial mención merecen las actividades que en numerosas normas viarias se agrupan bajo la denominación genérica de “instalaciones” y que consisten en las conducciones eléctricas, hidráulicas y demás servicios.⁷⁴ En el ámbito autonómico tan sólo hay dos normas que regulan este tipo de actuaciones:⁷⁵ la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y la Ley de carreteras del Principado de Asturias. La Ley de carreteras de 1988 no señala nada, aunque sí lo hace el Reglamento general de carreteras de 1994 en su artículo 78, en cuanto al dominio público y en donde se exige que las instalaciones sean imprescindibles para la prestación de servicios de interés general, instalándose fuera de la explanación de la carretera, “salvo en los casos de cruces, túneles, puentes y viaductos”; también se regula en el artículo 76, en cuanto a la zona de servidumbre, en el 83 en cuanto a la

zona de afección y en el 87 en cuanto a la línea de edificación.

En cuanto a las mencionadas instalaciones debemos distinguir varios supuestos.⁷⁶ En primer lugar, cuando las conducciones⁷⁷ a las que nos hemos referido son situadas fuera de la calzada, cabe la posibilidad de que sean autorizadas siempre y cuando cumplan una serie de requisitos como son los de establecerse a una distancia no inferior a tres metros de la arista de la explanación de la carretera y siempre fuera de la zona de dominio público y, además, bajo tierra.

Un segundo supuesto se presenta cuando estas instalaciones discurren por debajo de la calzada.⁷⁸ El artículo 14.2 de la Ley de carreteras del Principado de Asturias prohíbe dichas instalaciones, incluso las que discurren por debajo de cunetas y de arcones, salvo cuando sea imprescindible, caso en el que la autorización requerirá una previa fijación de las condiciones técnicas de ejecución y seguridad. Sin embargo, el artículo 33.3.e) de la citada Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sí permite este tipo de actividades en galerías o tubos dispuestos previamente a este objeto o cuando la construcción se haga con medios que no alteren el firme de la vía. Más riguroso resulta el régimen de autorización de las conducciones en las travesías, en donde además de lo anterior se exige que vayan debajo de las aceras o de las zonas con este destino.⁷⁹

64. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados como causa de sometimiento a autorización de actividades privadas es frecuente. Vid. SÁINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, especialmente el capítulo IX, que dedica a “la potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados”, págs. 302 y 357.

65. Vid. el artículo 33.3.a) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

66. El artículo 33.3.b) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares señala: “Los cierres de las propiedades colindantes deberán situarse fuera de la zona de dominio público y a no menor distancia de tres metros de la arista exterior de la explanación. Las paredes tendrán una altura máxima igual a la mitad de la distancia que estén situadas de la referida arista exterior de la explanación. En la red local o rural y, excepcionalmente, en otras carreteras las cuales se justifique por razones especiales, se autorizarán cierres con enrejado, alambradas o elementos vegetales a una distancia no inferior a un metro.”

67. Vid. el artículo 33.3.c) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

68. Vid. el artículo 33.3.d) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

69. El artículo 33.3.d) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares señala: “Se podrá autorizar la construcción de aparcamientos en superficie a una distancia mayor de tres metros de la arista exterior de la explanación, siempre que estén fuera de la zona de dominio público y que el acceso y las obras auxiliares sean autorizables.”

70. Vid. los artículos 33.3.h) y 33.3.i) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

71. Vid. el artículo 86.1.m) del Reglamento general de carreteras de 1977. El artículo 37.1 de la citada Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares establece: “Podrán autorizarse instalaciones para la venta de combustible y elementos afines en la zona de protección, de acuerdo con la legislación específica y con las siguientes normas: a) la distancia mínima entre accesos a estas instalaciones debe ser de 500 metros en el mismo sen-

tido del tráfico, se podrá autorizar instalaciones más próximas entre sí, con accesos unificados o desde vías de servicio existentes, b) no podrán autorizarse estas instalaciones a menos de 500 metros de una intersección, excepto en travesías, y c) en autopistas y autovías de nueva construcción las instalaciones de venta de combustible estarán situadas en las áreas de servicios.”

72. Sobre los derechos de acceso de los colindantes, vid. LEYVAZ, J., *Les utilisations normales...*, op. cit., pág. 72 y ss.

73. Vid. los artículos 16 de la Ley de carreteras del Principado de Asturias; 32.2 y 35.2 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y 44.2 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

74. Vid. HAURIQU, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1929, pág. 713.

75. Vid. BASTID, “Les aisanances de voirie”, en *Revue du Droit Public*, 1930, pág. 610 y ss.

76. Vid. SECRETAN, R., “Des dommages résultant de l’utilisation et de la modification légale du domaine public, en particulier des travaux de fouilles exécutés sur la voie publique”, en ROAF 1951, pág. 265 y ss.

77. En relación con los árboles de las vías públicas y estas instalaciones. Vid. CASENAVE, A., *Les arbres et les voies publiques*, París, 1937, págs. 135 a 179, en donde se realiza un estudio en referencia a dichos árboles y las líneas telegráficas y telefónicas, y las redes de distribución de energía, distinguiendo si los mencionados árboles están plantados en la vía pública o sobre propiedades colindantes con la misma.

78. Vid. el artículo 86.1.c) y k) del Reglamento general de carreteras de 1977.

79. Vid. sobre alcantarillados LEYVAZ, J., *Les utilisations normales...*, op. cit., pág. 86; BASTID, P., “Les aisanances de voirie”, en ROP, 1930, pág. 609 y ss.; WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.ª ed., París, 1952, pág. 525 y ss.; SALVY, M., *Des droits des riverains sur les voies publiques*. Tesis doctoral. Toulouse, 1913, pág. 74 y ss.

En cuanto a la posibilidad de establecer rozas en la calzada para realizar este tipo de instalaciones cabe su autorización, pero sólo excepcionalmente según el último precepto citado. Además, dichas rozas tendrán que estar justificadas por razones de extrema necesidad o urgencia y siempre que con posterioridad se realice una obra de renovación del firme existente.

En cuarto lugar, respecto de los tendidos aéreos⁸⁰ tales como tendidos eléctricos, telefónicos o telegráficos se imponen para su autorización requisitos de tres tipos: en cuanto al lugar de colocación, deberán establecerse a una distancia mínima de la carretera de “una vez y media la altura de sus elementos de sustentación, en el lado exterior de la calzada y fuera de la zona de dominio público”; en cuanto a los cruces, éstos deberán dejar un gálibo de seis metros; por último, en cuanto a los elementos de apoyo de las líneas de alta tensión, éstos no podrán autorizarse en la zona de protección.⁸¹

2.3.3. Especial referencia a la edificación

2.3.3.1. Referencia a las relaciones entre la normativa viaria y la urbanística. La importancia de la seguridad vial y del entorno paisajístico en dichas relaciones

Antes de entrar en el estudio de las distintas actuaciones que pueden llevarse a cabo en referencia a la edificación, conviene señalar la estrecha relación existente entre la normativa urbanística y la viaria en esta cuestión y en cuanto a las vías que componen las redes arteriales, especialmente en las travesías y los tramos urbanos.⁸² Es frecuente por ello la referencia en las normas viarias a los planes de urbanismo.⁸³ Cabe ahora señalar las distintas actitudes de las normas viarias respecto de las determinaciones de la planificación urbanística.⁸⁴ En primer lugar, cabe mencionar la remisión establecida por algunas normas a las previsiones de los planes de ordenación urbana y demás instrumentos urbanísticos a propósito de la realización de edificaciones en travesías y tramos urbanos.⁸⁵ No obstante, la salvaguarda de la

seguridad vial hace que la remisión a la que nos hemos referido se vea excepcionada.⁸⁶ Es el caso de las edificaciones situadas en tramos de carreteras declaradas “de especial protección”;⁸⁷ en ellos no se podrá edificar en la zona comprendida en la línea límite de edificación,⁸⁸ aunque se trate de edificaciones que se construyan en terrenos calificados como urbanos.⁸⁹ En otras ocasiones el proceso de remisión a la normativa urbanística se convierte en mandatos de leyes viarias para que el ordenamiento urbanístico recoja como sistema general y objeto de especial protección la zona de dominio público en relación con las edificaciones en ella existentes o que se intente construir.⁹⁰ Hay que destacar que en general las normas viarias suelen respetar las determinaciones urbanísticas e incluso paisajísticas en torno a las edificaciones colindantes con las travesías y los tramos urbanos. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 47 de la Ley de carreteras de Canarias, el cual establece: “En los tramos de carreteras que discurran total o parcialmente por núcleos de población [...] la línea límite de edificación podrá situarse a distancia inferior a la establecida en general para las carreteras, siempre que lo permita el correspondiente planeamiento urbanístico o lo solicite así el ayuntamiento y lo autorice el titular de la carretera.”⁹¹

2.3.3.2. Actuaciones en torno a la edificación

Las actuaciones referentes a la edificación se prohíben en cuanto a las carreteras dentro de la zona de los terrenos colindantes con las mismas, fijada por la denominada línea límite de edificación. Se trata de limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes con un dominio público afecto al uso público.

a) Edificaciones existentes.

En cuanto a las edificaciones existentes cabe distinguir entre las que son propiamente actividades en las mismas y aquellas actividades que tienen como finalidad el simple cambio de uso de las edificaciones:

–Actuaciones en las edificaciones existentes.

Las actividades que por regla general se permiten van

80. Vid. el artículo 86.1.b) del Reglamento general de carreteras de 1977.

81. Vid. LEGUINA VILLA, J., “Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 68, 1972.

82. Vid. ESCRIBANO COLLADO, P., *Las vías urbanas*, op. cit., págs. 77 a 89.

83. Vid. en nuestro libro *Carreteras...*, op. cit., el capítulo cuarto referente a “urbanismo y planes de carreteras”, págs. 149 a 195, y “planificación y propiedad privada”, págs. 229 a 237.

84. Vid. el interesante trabajo de GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Legislación en materia de urbanismo, competencias en la Comunidad y novedades más significativas”, en *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 1987, págs. 451 a 492, especialmente las págs. 452 a 465, en donde se hace un estudio de las competencias autonómicas, locales y estatales en materia de urbanismo.

85. Vid. los artículos 14.1 de la Ley de carreteras y caminos del Principado de Asturias, y el 35 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid.

86. Vid. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J., “El concepto de limitación a la propiedad privada. Especial referencia a la propiedad colindante a carreteras y autopistas”. *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 63, especialmente en referencia al conflicto entre el interés en la protección de seguridad y conservación de las vías en las zonas urbanas y la necesidad de aprovechar el suelo urbano, pág. 72 y ss.

87. Vid. el artículo 16.1 y 2 de la Ley de carreteras y caminos del Principado de Asturias.

88. Sobre la calificación de limitación a la prohibición de edificar. Vid. MARTÍN MATEO, R., “La propiedad monumental”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 49, págs. 81 a 86.

89. Vid. el artículo 16.3 de la Ley de carreteras y caminos del Principado de Asturias.

90. Vid. el artículo 14.4 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid.

91. Vid. el artículo 15 de la Ley foral de defensa de las carreteras de Navarra.

a ser aquellas que tienen por objeto obras de conservación, reparación y mejora de las edificaciones que resulten imprescindibles por higiene,⁹² ornato o mera conservación. Sin embargo, incluso estas mínimas actuaciones deberán contar con determinados requisitos para poder llevarlas a cabo. En primer lugar, deberán haber sido previamente autorizadas antes de que se empiecen las obras, para lo cual se exigen en las normas sobre carreteras algunas condiciones en las obras que varían bastante en su regulación. En ocasiones, se exige que dichas actuaciones no supongan consolidación;⁹³ en otras, que no supongan aumento de volumen. Este último es el caso de la Ley de carreteras de Canarias, la cual en su artículo 27.3 señala que en caso de que no se cumpliera este último requisito podrían autorizarse si tuvieran por objeto la instalación de servicios esenciales de cocina y baño, en una vivienda previamente habitada y sin que el incremento del valor que las obras comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios.⁹⁴

En cambio, no podrán nunca autorizarse las obras de construcción, reconstrucción o ampliación de cualquier tipo de edificación que se encuentre en la línea límite de edificación.⁹⁵ No obstante, debemos tener en cuenta lo anteriormente indicado sobre la incidencia de las determinaciones urbanísticas en las actividades en materia de edificación y en las travesías y los tramos urbanos. En general, tales determinaciones van a ser más permisivas que las normas viarias en cuanto a las carreteras, aunque, como ya señalamos, esta permisividad es admitida por las leyes de carreteras y justificada por las especiales características físicas de tales vías.

No obstante, en aras de la seguridad de la vía se imponen una serie de requisitos en las actuaciones referentes a edificaciones existentes, que en cualquier caso deberán ser respetadas por las determinaciones urbanísticas.⁹⁶ En primer lugar, las edificaciones deberán ser mantenidas por sus propietarios en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos, así como cumplir las condiciones mínimas de visibilidad y geometría.⁹⁷ En este último sentido, cabe destacar el artículo 14.4 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid, el cual preceptúa en referencia con travesías y

tramos urbanos que “el señalamiento de las alineaciones de las fachadas respetará la funcionalidad de la vía y garantizará la protección del dominio público viario”.

—Cambios de uso.

Otro tipo de actuaciones posibles en las edificaciones ya existentes es el de los cambios de uso de las mismas. Estas actividades deberán ser justificadas en razón de su utilidad para el usuario y en cuanto a las medidas a tomar en referencia a accesos, vías de servicio, aparcamientos y señalización. Tales cambios de uso se darán más en los tramos de carretera no muy poblados, por lo que afectarán principalmente, y en lo que ahora nos interesa, a los tramos urbanos, aunque en las travesías los mencionados cambios afectarán principalmente a las cuestiones de señalización y aparcamientos.⁹⁸

b) Edificaciones de nueva construcción.

A propósito de las carreteras estudiamos en otro trabajo la problemática en torno a la prohibición o limitación a la construcción de nuevas edificaciones. En travesías y tramos urbanos, y como allí se dijo, tal prohibición no existe, siendo precisamente la existencia de edificación una de las características de este tipo de vías. No obstante, como hemos visto anteriormente, lo que sí se da en tales vías es el sometimiento obligado a autorización para cualquier actuación en dichas edificaciones y mucho más con referencia a la construcción de las mismas. Pero esta cuestión es remitida por todas las normas viarias que la regulan a las determinaciones de la planificación urbanística.⁹⁹

2.3.4. Competencias

En la cuestión de las competencias administrativas sobre el otorgamiento de autorizaciones para realizar actividades relacionadas con la colindancia de las vías entra en juego una serie de factores que influirán bien para discernir entre competencias locales, autonómicas o estatales, bien para exigir a las competencias locales determinados requisitos administrativos que en la mayoría de los casos consistirán en la necesidad de que los ayuntamientos soliciten a los titulares de las carreteras informes previos a dichas autorizaciones. Hemos agrupado para su estudio tales factores según cinco criterios: el criterio de que las actividades se realicen en

92. Vid. SALVY, M., *Des droits des riverains sur les voies publiques*, Toulouse, 1913, págs. 74 y ss. LEVRAZ, J., *Les utilisations...*, op. cit., pág. 86.

93. Vid. el artículo 33.3.g) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

94. Esta circunstancia también es tenida en cuenta en el mismo sentido por el artículo 8 de la Ley foral de defensa de las carreteras de Navarra, y por el artículo 33.3.j) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

95. Vid. los artículos 33.3.g) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y el artículo 8 de la Ley foral de defensa de las carreteras de Navarra.

96. Téngase en cuenta lo señalado en este mismo trabajo sobre la fijación de la línea límite de edificación, así como lo indicado sobre edificación en las

carreteras en nuestro libro *Carreteras. Su régimen jurídico*, op. cit., pág. 287 y ss.

97. Vid. los artículos 15 de la Ley foral de defensa de las Carreteras de Navarra, y el 33.2 de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

98. Vid. el artículo 33.3.g) de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

99. Vid. el artículo 37 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en relación con las autorizaciones para instalaciones de venta de combustible en el que se señala la excepción en las travesías de las medidas exigidas a tales instalaciones en referencia a las intersecciones.

terrenos colindantes con travesías o con tramos urbanos, el criterio del sujeto que vaya a realizar las actuaciones, la influencia en dichas competencias de la zonificación de los terrenos colindantes con las vías, el criterio de la existencia o no de planificación urbanística, y el criterio de que las actividades afecten a la calzada o a la seguridad vial.

2.3.4.1. Las distintas competencias según se trate de travesías o tramos urbanos

Por el propio concepto de travesía y tramo urbano se pueden comprender las escasas diferencias competenciales en relación con el otorgamiento de autorizaciones para actuaciones con referencia a la colindancia con estas vías que establecen las normas viarias. En principio, podemos afirmar como regla general que, tanto en los tramos urbanos como en las travesías, la competencia mencionada es de los ayuntamientos. A tal afirmación hay que hacerle una salvedad relacionada con la regulación del artículo 44 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que otorga la competencia de forma genérica al titular de la carretera, si bien admite la posibilidad de que en determinadas circunstancias, que estudiaremos en los epígrafes siguientes, esa competencia pase a los ayuntamientos. También hay que tener en cuenta, en este mismo sentido, el artículo 32.3 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid, que remite a las autorizaciones otorgadas por el titular de la carretera, exigiéndolas como requisito previo al otorgamiento de licencias urbanísticas sin que se especifique si se trata de tramos urbanos o de travesías.¹⁰⁰ Por otra parte, las únicas normas que establecen diferencias en el tratamiento de las competencias a las que nos estamos refiriendo según se trate de travesías o de tramos urbanos son la Ley de carreteras de la Región de Murcia y la Ley de carreteras de la Comunidad de Castilla y León. El artículo 35 de la primera ley citada señala que en ambos supuestos la competencia será de los ayuntamientos, pero si se trata de tramos urbanos se necesitará un informe de carácter vinculante del titular de la carretera previo a la autorización, informe que no se exige en los supuestos de travesías. En lo que concierne a la referida ley de Castilla y León, el artículo 16.2 otorga el mismo tratamiento en cuanto a las competencias para autorizar las actuaciones que en este capí-

tulo estudiamos en el caso de que se trate de zonas de dominio público, sean travesías o tramos urbanos. En estos casos la competencia será del ayuntamiento previo informe vinculante del titular de la carretera. Las distinciones entre tramos urbanos y travesías vienen reflejadas en relación con las autorizaciones de actividades que se vayan a llevar a cabo en las zonas de servidumbre y afección. En estos casos, si se trata de una travesía, no se necesitará informe vinculante del titular de la carretera, pero si la vía es un tramo urbano que no tenga la consideración de travesía, se necesitará el mencionado informe cuando el municipio no tenga planificación urbanística aprobada.

Por último, debemos advertir que con frecuencia la regulación que de las autorizaciones que estudiamos se hace en las normas de ámbito autonómico no utiliza los términos “travesía” o “tramo urbano” aunque se refiera a los conceptos correspondientes. Son frecuentes las expresiones referidas a los tramos de carretera que discurren por “suelo urbano” o “urbanizable programado”,¹⁰¹ por “núcleos de población”,¹⁰² por “zonas urbanas”¹⁰³ o la utilización de “redes arteriales”. En estos casos se especifican las competencias administrativas en relación con las travesías y los tramos urbanos.¹⁰⁴

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990 (Aranzadi 4396) ofrece gran interés para esta cuestión y ha sido seguida por otras posteriores. La normativa aplicable al supuesto que en ella se estudia no es la ley de carreteras estatal, sino la Ley 13/1986, de 28 de noviembre, de ordenación y defensa de las carreteras del Principado de Asturias, la cual coincide con lo preceptuado en la ley de carreteras estatal al respecto. En dicha sentencia se trata de la oportunidad de una multa y la demolición de obras impuestas por la Administración autonómica del Principado de Asturias por haberse realizado obras de ampliación de una vivienda, consideradas como “necesarias”, aunque no “imprescindibles”, en terrenos colindantes con una vía a la que, en principio, se ha considerado como travesía de población. Lo que en el fondo subyace en esta sentencia es un problema de competencias entre el ayuntamiento que autorizó las obras tras haber pedido informe a la Administración titular de la carretera, que en este caso no era la estatal sino la autonómica asturiana por tratarse de una carretera autonómica, y sin que se hubiera dado resolución expresa de dicha

100. El artículo 32.3 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid establece: “No se podrán otorgar licencias urbanísticas para la realización de obras y actividades en las zonas de dominio público o protección, sin que previamente se hubieran obtenido las autorizaciones previstas en el número 1 de este artículo.” El número 1 del artículo 32 señala: “La ejecución de pequeñas obras e instalaciones provisionales y la realización de cualquier otra actividad dentro de la zona de protección está sujeta al deber de obtener autorización expresa por parte de la Consejería de Política Territorial, en los términos señalados en el artículo anterior.”

101. Vid. los artículos 33.2 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid, el 31 de la Ley de carreteras de Canarias, y el 48 de la Ley foral de Defensa de las Carreteras de Navarra.

102. Vid. el artículo 47 de la Ley de carreteras de Canarias.

103. Vid. el artículo 20.3 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

104. Vid. el artículo 31 de la Ley foral de defensa de las carreteras de Navarra.

Administración. Por ello, el ayuntamiento, considerando producido el silencio administrativo positivo, otorga la autorización al particular que realiza las obras, las cuales más tarde serían sancionadas por la Consejería de Obras Públicas, Turismo, Transportes y Comunicaciones del Principado de Asturias al considerarse plenamente competente por entender que la vía no es una travesía sino una carretera autonómica. Dejando ahora aparte los asuntos relacionados con el silencio administrativo o con la calificación de la vía que se encuentran en esta interesante sentencia, debemos centrarnos en aquellos otros que tienen lugar a raíz del otorgamiento de la autorización de obras posteriormente sancionadas, concluyendo que de la sentencia se deduce la necesidad de un informe del titular de la carretera para las autorizaciones de obras en terrenos colindantes con la vía, aunque la competencia sea del ayuntamiento. Por el contrario, en el caso de que no se trate de una travesía sino de una carretera, tal y como consideró la Audiencia Territorial de Oviedo en el contencioso, la competencia para el otorgamiento de dichas autorizaciones es del titular de la carretera, que en este caso es una Administración autonómica.

2.3.4.2. Distinción entre actividades realizadas por el titular de la carretera y actividades realizadas por otros sujetos

En cuanto a las travesías y los tramos urbanos también hay que distinguir entre dos supuestos. Se trata de los casos en los que el sujeto que realiza las actividades en los terrenos colindantes sea el órgano titular de la carretera a la que pertenece la vía o de aquellos casos en los que sea un particular. En este sentido resulta interesante la Sentencia de 11 de octubre de 1994 del Tribunal Supremo (Aranzadi 7810), en la que se manifiesta que los actos realizados por la Administración o por entidades que administren bienes públicos en relación con obras contiguas a tramos urbanos y redes arteriales se encuentran exceptuados de la necesidad de licencia municipal. Efectivamente, cuando las obras o actividades que se realizan en las propiedades colindantes con la travesía las ejecuta dicho órgano titular de la carretera, no será necesaria ninguna autorización del ayuntamiento, aunque sí deberán tenerse en cuenta las diferentes relaciones entre éste y aquél, de las que nos ocuparemos más adelante. Tres son los preceptos que atienden a esta distinción: el artículo 39.1 de la Ley estatal de carreteras de 1988,¹⁰⁵ el artículo 35.1 de la Ley de carreteras de la Región de Murcia y el 27.1 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. En los tres, tal distinción viene referida a

la zona de dominio público de las vías, que tanto en la Ley de carreteras de 1988 como en la de la Región de Murcia, se refiere sólo a las travesías, mientras que en la de Castilla y León, además de las travesías, se incluyen los tramos urbanos. En cambio, si no es el titular de la vía el que realiza las actividades, en todos los casos normativos citados la competencia para autorizar será del ayuntamiento previo informe vinculante del titular de la vía.

2.3.4.3. La influencia de la zonificación de los terrenos colindantes con las vías en las competencias administrativas para autorizar actividades relacionadas con la colindancia en travesías y tramos urbanos

Cuando quien ha de realizar las obras o actividades es un particular, habrá que distinguir si las actividades se realizan en la zona de dominio público o en las demás zonas.¹⁰⁶

Normalmente la competencia, como ya dijimos, es del ayuntamiento, pero se suele gravar la proximidad de la vía exigiendo un informe previo del titular de la misma. Cabe distinguir cinco supuestos diferentes, ya que la regulación sobre esta cuestión es bastante diversa.

—En primer lugar, según el artículo 39 de la Ley de carreteras de 1988, corresponde a los ayuntamientos otorgar las licencias, pero con informe positivo y previo del titular de la carretera cuando se trate de actividades en la zona de dominio público de las travesías. En el supuesto de que sea en las zonas de servidumbre y afección, las licencias para las travesías serán otorgadas por el ayuntamiento sin necesidad de informes del MOPU (artículo 39.3 de la Ley de carreteras de 1988).

—En segundo lugar, se grava la zona de dominio público de las travesías exigiendo del titular de la carretera un informe previo a la autorización del ayuntamiento. En las demás zonas, si se trata de travesías, la competencia será también del ayuntamiento, pero sin necesidad de informe; si se realizan actividades en tramos urbanos en zonas que no sean de dominio público, la competencia es también del ayuntamiento, pero se necesitará informe del titular de la carretera cuando los municipios no cuenten con planificación urbanística aprobada (artículo 16.2 de la Ley de carreteras de Castilla y León).

—En tercer lugar, la Región de Murcia, en el artículo 35 de su Ley de carreteras, establece que tanto en los tramos urbanos como en las travesías la competencia es siempre del ayuntamiento, pero en las travesías se necesitará un informe del titular de la carretera previo a la autorización del ayuntamiento si se trata de actuaciones en la zona de dominio. En la zona de protección la competencia es del ayuntamiento sin necesidad del

^{105.} Vid. el artículo 42 del Reglamento general de carreteras de 1994.

^{106.} Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1990 (Aranzadi 4608).

informe del titular de la carretera, que sólo será necesario en los tramos urbanos cuando los municipios no tengan planificación.

—En cuarto lugar, el artículo 44.1 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha grava también la proximidad a la carretera de la zona de dominio público, siendo el titular y no el ayuntamiento quien tiene la competencia en dos supuestos, cuando no hay planificación urbanística aprobada en el municipio y cuando la actuación no se halle sometida a licencia urbanística y pueda afectar a la seguridad vial. En el resto de los casos la competencia para autorizar actuaciones es de los ayuntamientos sin necesidad de informe previo del titular de la carretera salvo cuando afecta a la calzada, caso en el que se necesitará dicho informe.

—En último lugar, la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en el artículo 32.2, distingue la zona de dominio público de las demás zonas de las travesías, estableciendo la necesidad de informe previo a la autorización del ayuntamiento para las actividades que en las travesías y en las referidas zonas se vayan a realizar.

2.3.4.4. El criterio de atribuciones competenciales según se trate de municipios con planificación o sin planificación urbanística

La circunstancia de que los municipios por los que discurren las carreteras tengan aprobados definitivamente instrumentos de planificación urbanística o no los tengan es importante en cuanto al tema competencial que estamos estudiando, dado que conllevará determinadas consecuencias administrativas a la hora de otorgar autorizaciones para la realización de actividades relacionadas con la colindancia de las vías, ya constituyan éstas tramos urbanos, ya sean travesías. Antes de referirnos a las mencionadas consecuencias conviene advertir que serán los tramos urbanos y no las travesías los más afectados por la falta de planificación en orden al tema que estudiamos. Sin embargo, también con respecto a estas últimas incide la circunstancia de la falta de planificación urbanística, especialmente cuando se trata de actividades llevadas a cabo en las zonas de dominio público de las mismas.¹⁰⁷ Dos son las consecuencias principales que trae consigo la falta de planificación urbanística: la necesidad de recabar informe previo del titular de la carretera por parte de los ayuntamientos competentes para otorgar las autorizaciones y, en segundo lugar, el que la referida competencia de los ayuntamientos pase a ser de los titulares de la vía:

a) Necesidad de recabar informe previo del titular de la carretera.

En el primer supuesto, que es el de necesidad de informe del titular de la carretera cuando no hay planificación, se pueden encuadrar las regulaciones de la Ley de carreteras de 1988 estatal, que en su artículo 29 señala que para los tramos urbanos o las vías arteriales incluidas en un plan viario de red arterial parcial o en uno general, hará falta informe vinculante del ministerio si no existe planificación urbanística. En este sentido es de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1990 (Aranzadi 3632), en la que declara incompetente al Ayuntamiento de Talayuela (Cáceres) para otorgar licencias de obra efectuadas por el Ministerio de Obras Públicas al contratista de éste. Se trata de obras de ensanche y mejora del firme de un camino que no constituye travesía de población, ni es una “carretera que discurra por zona urbana” ni está incluida en “redes arteriales”, supuestos todos ellos en los que la sentencia, siguiendo la Ley de carreteras de 1974, aplicable a este caso, atribuye potestad local para otorgar licencias y que se encuentran en consonancia con lo establecido por la ley de carreteras vigente y que hemos expuesto con anterioridad. Con referencia a tramos urbanos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1990 (Aranzadi 6591) considera que en un tramo urbano que se encuentra dentro del Plan general municipal que califica el suelo ocupado por él y por los terrenos colindantes como suelo urbano, la “competencia es exclusiva del ayuntamiento en materia de autorización de obras”. Por tanto, para los tramos urbanos, la competencia para otorgar autorizaciones de obras en los terrenos colindantes será siempre del ayuntamiento, pero la necesidad de informe preceptivo y previo del titular de la carretera a la que pertenezca el tramo urbano dependerá de que haya o no planificación urbanística, no necesitándose aquél en el caso de que en el municipio sí existiera dicha planificación.

También en el ámbito viario autonómico algunas normas preceptúan la necesidad de informe del titular de la carretera cuando los municipios carecen de planificación urbanística. Tres son las normas viarias autonómicas que, otorgando en todos los casos la competencia al ayuntamiento, exigen informe del titular previo a la autorización por el citado órgano sólo en el caso de que los municipios no tengan planificación. Con respecto a tramos urbanos y no a travesías,¹⁰⁸ siguen lo anteriormente dicho los artículos 35.2 de la Ley de carreteras de la Región de Murcia y el artículo 27.3 de la de Castilla y León. Con referencia a carreteras que discurran por

107. En este sentido son interesantes los artículos 44.1 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, así como los artículos 32.3 y 4 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid, y el 31 de la Ley foral de defensa de las carreteras de Navarra.

108. Estas vías se excluyen expresamente en el artículo 27.3 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

suelo urbano o formen parte de redes arteriales, cabe citar el artículo 31 de la Ley foral de defensa de las carreteras de Navarra. Este último precepto, al incluir carreteras que forman parte de redes arteriales, está extendiendo la medida que estudiamos a otros tipos de vías distintos de travesías y tramos urbanos, como son las variantes o las circunvalaciones.

b) El reenvío de la competencia local a la autonómica.

La segunda consecuencia que conlleva el que los municipios carezcan de planificación urbanística aprobada definitivamente puede ser que la competencia otorgada por las normas a los ayuntamientos pase a ser de los titulares de la carretera. Dado que la regulación estatal de las carreteras no recoge esta posibilidad, la competencia se reenvía del ámbito local al autonómico, en concreto en dos comunidades autónomas, la de Madrid y la de Castilla-La Mancha. El artículo 33.3 de la Ley de carreteras de la primera comunidad citada prevé que en las zonas de protección de las carreteras que discurran por suelo urbano o urbanizable programado, en el caso de que los municipios cuenten con planificación, la competencia para otorgar autorizaciones sobre actividades a realizar por los particulares en dichas zonas será municipal. En cambio, si los municipios no cuentan con planificación urbanística, esa competencia municipal se reenvía al ámbito autonómico cuando las carreteras son de titularidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, siendo competente para otorgar las mencionadas autorizaciones la Consejería de Política Territorial. El mismo tratamiento ofrece, respecto de las autorizaciones sobre las actuaciones que se vayan a llevar a cabo en las zonas de dominio público de las travesías, el artículo 44.1 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

2.3.4.5. Repercusiones en las competencias administrativas de las actividades que afectan a la calzada o a la seguridad vial

El criterio de la repercusión de las actividades realizadas por sujetos que no sean titulares de la vía en la calzada de la misma o en la seguridad vial sólo es tenido en cuenta por la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. El artículo 44.2 de la misma señala que en las travesías de los municipios

que cuenten con planificación urbanística la competencia para otorgar autorizaciones para la realización de las actividades señaladas será de los ayuntamientos pero, en caso de que dichas actividades afecten a la calzada, tales autorizaciones necesitarán de un informe previo del titular de la carretera, informe que tendrá carácter vinculante.

En el caso de que las actuaciones referidas puedan afectar a la seguridad vial,¹⁰⁹ y si tales actuaciones no se encuentran sometidas a licencias urbanísticas, el artículo 44.1 de la misma ley reenvía la competencia del ayuntamiento al titular de la carretera. Se trata con ello de evitar un vacío competencial que pudiera ser perjudicial para la seguridad de los usos públicos de la carretera en los tramos que constituyan travesías.

2.3.5. Bases para el otorgamiento o la denegación de las autorizaciones

Nos referimos en este apartado a aquellos aspectos en los que han de estar basadas la denegación o el otorgamiento de las autorizaciones administrativas. Dado que, en la mayoría de los casos, cuando se trata de tramos urbanos y de travesías, a la competencia municipal para autorizar las actividades antes mencionadas le ha de preceder un informe con carácter vinculante del titular de la carretera, hemos considerado oportuno estudiar los fundamentos legales en los que han de basarse las autorizaciones y también los de los informes previos a esas autorizaciones.

2.3.5.1. Informes previos a las autorizaciones administrativas

Como decíamos, estos informes los hacen los organismos titulares cuando la competencia para autorizar es del ayuntamiento. Es decir, cuando se trata de vías consistentes en tramos urbanos o travesías. Todas las normas viarias que atienden a esta cuestión en sus contenidos coinciden en señalar que los mismos habrán de basarse exclusivamente en aspectos viarios y más concretamente en los regulados en las mencionadas normas.¹¹⁰

2.3.5.2. Autorizaciones administrativas

Respecto a las autorizaciones,¹¹¹ las previsiones a tener en cuenta por los ayuntamientos o en su caso por los titulares de la vía en los supuestos de actividades en tramos urbanos y travesías suelen ser en la mayoría de las

109. Con anterioridad hemos señalado que cuando las actividades realizadas en la colindancia con las travesías y los tramos urbanos se llevan a cabo por los titulares de las carreteras no necesitarán ninguna autorización administrativa. Sin embargo, hemos estudiado, por contra, que cuando los sujetos que las van a realizar no son los titulares mencionados las actuaciones estarán sometidas a autorización que en algunos casos otorgarán los ayuntamientos y en otros los organismos competentes de las administraciones públicas titulares de la vía. Cabe, sin embargo, hacer una salvedad a la segunda circunstancia estudiada. Se trata de la posibilidad de realizar "acti-

vidades agrarias y obras de cerramiento diáfano para la protección de fincas rústicas, siempre que sean compatibles con la seguridad vial" (artículo 26.3 de la Ley de carreteras de Canarias).

110. *Vid.* los artículos 35.1 de la Ley de carreteras de la Región de Murcia; 23.3 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; el 33.2 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid, y el 27.1 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

111. *Vid.* los artículos 12 a 14 de la Ley foral de defensa de las carreteras de Navarra.

ocasiones las de las planificaciones urbanísticas¹¹² y también las de las leyes de carreteras que rijan sobre cada vía.¹¹³ Se trata de una de las técnicas de coordinación respecto de la normativa aplicable. Cuando la competencia es del titular de la vía se establece que el mismo tenga en cuenta las previsiones del ordenamiento urbanístico, cuando la competencia es del ayuntamiento o bien se prevé la obligación de un informe previo basado en cuestiones viarias o bien se preceptúa la necesidad de que dichos órganos tengan en cuenta las normas viarias.

2.3.6. Técnicas de colaboración

Dos son los aspectos que hay que estudiar con referencia a la colaboración. En primer lugar, el uso y la conservación de las carreteras en aquellos tramos de carreteras que se encuentran en conexión directa con la ordenación del territorio, que son principalmente los tramos urbanos y las travesías, pero también con todos los demás tipos de vías que conforman las redes arteriales. El segundo es el de la planificación, que no estudiamos en este trabajo.

Las técnicas de coordinación y cooperación de los entes administrativos en materia de travesías son especialmente importantes dado que, como hemos señalado antes, las competencias administrativas sobre la mayoría de los aspectos, principalmente en cuanto a los relativos al régimen jurídico, se encuentran reguladas de manera muy difusa.¹¹⁴ Las técnicas administrativas mencionadas inciden especialmente en las relaciones jurídicas que, a raíz de las travesías o de otros tipos de vías que conformen redes arteriales, se establezcan entre los municipios y las entidades titulares de las carreteras, ya sea el Estado, ya sean las comunidades autónomas. Tanto la Ley estatal de carreteras de 1988 como las normativas viarias autonómicas establecen este tipo de técnicas para las actuaciones en materia de carreteras y muy especialmente en lo referente a las travesías y los tramos urbanos.¹¹⁵

En la práctica, la gran mayoría de las intervenciones administrativas en el régimen de las mencionadas vías se resuelve por medio de las diferentes formas de coordinación y cooperación entre entes administrativos previstas en el ordenamiento jurídico, tales como acuerdos, convenios, etc. A estos medios de coordinación se debe añadir el que la mayoría de las actuaciones administrativas en sus procedimientos contienen trámites en los

que se permite la audiencia y los informes de las administraciones interesadas. Debemos señalar la circunstancia de que dichos informes suelen tener carácter preceptivo y vinculante cuando quien los ha de emitir es la Administración estatal o la autonómica, mientras que los informes emitidos por los ayuntamientos suelen tener carácter preceptivo pero no vinculante para la Administración actuante.

Sin embargo, todas las competencias antes mencionadas deben regirse por relaciones de coordinación entre el ayuntamiento y el titular de la carretera. En este sentido, tanto la ley de carreteras como el reglamento dedican diversos preceptos a la regulación de la coordinación mencionada, especialmente en lo que a traspaso de información se refiere. Por ejemplo, con referencia a estudios y asesoramientos relativos a la redacción y reforma de las disposiciones de carácter general que afecten a la utilización de las vías de una red arterial o a estudios relacionados con la observación y comprobación del funcionamiento de la red arterial.¹¹⁶

En el supuesto de existencia de conflictos entre el ayuntamiento y la entidad titular de la carretera, si el conflicto se establece entre la delegación del ministerio y el ayuntamiento, resolverá el delegado del Gobierno previo informe del ministerio; si el conflicto se entabla entre el ayuntamiento y el ministerio, resuelve el Consejo de Ministros, debiendo aportar el titular del ministerio la propuesta de resolución al Consejo.

Precisamente una de las manifestaciones más importantes de la técnica administrativa de coordinación es el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo de 1990, que aprueba el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en relación con la Ley 18/1989, de 25 de julio, de bases sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. El Real decreto 13/1992, de 17 de enero, aprobó el Reglamento general de circulación para la aplicación y el desarrollo del Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Asimismo, debemos recordar que la mencionada ley fue modificada por la Ley 59/1997, de 19 de diciembre, y que el Real decreto ley 12/1997, de 1 de agosto, reformó el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Estas normas suponen el desarrollo normativo del artículo 149.1.21 de la Constitución, que otorga competencia exclusiva al

112. Vid. los artículos 11.1 de la Ley de carreteras del Principado de Asturias; 35.2 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; 44.2 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y 32.4 de la Ley de carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid.

113. Vid. los artículos siguientes: 27.4 de la Ley de carreteras de Canarias, y 12.1 de la Ley foral de carreteras de Navarra.

114. Vid. el capítulo III del título III del Reglamento general de carreteras de 1994, así como el artículo 129 de este mismo reglamento. Vid. también los

artículos siguientes de las correspondientes leyes de carreteras de las siguientes comunidades autónomas: Baleares: 27; Madrid: 5, 14.4, 37 y 40; Navarra: 1; Canarias: 22, 23, 33, 37, 47.2 y 50; Valencia: 3.a).

115. Vid. los artículos 38 de la Ley de carreteras de 1988 y 123 del Reglamento general de carreteras de 1994.

116. Vid. los artículos 143, 145 del Reglamento general de carreteras de 1977 y los artículos 38 y 40.3 de la Ley de carreteras de 1988.

Estado en materia de circulación y tráfico. El objeto de las mismas es la regulación del ejercicio de las competencias del Estado y de las entidades locales de acuerdo con las competencias que según la Constitución y los estatutos de autonomía corresponden a las comunidades autónomas. En ellas se le otorga competencia al Ministerio del Interior para “la regulación del tráfico en vías interurbanas y en travesías, previendo para estas últimas fórmulas de cooperación o delegación con las entidades locales”, haciendo referencia también a técnicas de colaboración del ministerio mencionado con las entidades locales en materia de actuación de los agentes de la autoridad en relación con el tráfico y la circulación de los vehículos a motor y sin perjuicio de las competencias locales.

Una manifestación importante de los principios antes señalados es la creación del Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial por el artículo 8 del citado texto articulado. La justificación de la existencia de tal órgano es la de coordinar las competencias de las distintas administraciones públicas, así como dichas competencias y los intereses de “las organizaciones profesionales, económicas, sociales y de consumidores y usuarios más significativas, directamente relacionadas con el tráfico y la seguridad vial”.

El Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial tiene carácter consultivo y está presidido por el ministro del Interior. El artículo 8 prevé su funcionamiento en Pleno,¹¹⁷ en comisiones y en grupos de trabajo. Las comisiones se encuadrarán geográficamente en cada una de las comunidades autónomas, siendo otra comisión la encargada del estudio del tráfico y la seguridad en vías urbanas.

El objetivo de coordinación de este órgano consultivo de coordinación de competencias antes mencionado se concreta en un conjunto de funciones también reguladas por el artículo 8 del texto articulado citado y que pueden ser agrupadas en dos apartados.

Primero, en relación con la seguridad vial, el Consejo tendrá como misiones las siguientes:

- Elaborar y proponer planes de actuación conjunta, “para cumplimentar las directivas previamente marcadas por el Gobierno o para someterlos a su aprobación”.
- Asesorar a los órganos superiores de decisión.

–Informar sobre la publicidad de los vehículos a motor.

Además, y sólo cuando sea requerido para ello, informará sobre “los convenios y tratados internacionales y los proyectos de disposiciones de carácter general en materia de circulación de vehículos”.

Segundo, deberá coordinar e impulsar la actuación de los distintos organismos, entidades y asociaciones que desarrollen actividades relacionadas con la seguridad vial. ■

117. El Pleno se compondrá, además de su presidente, por dos vicepresidentes, el subsecretario de Interior y el director general de Tráfico. Los vocales tienen categoría de director general y son: dos representantes del Ministerio del Interior; un representante de cada uno de los siguientes ministerios: Defensa; Economía y Hacienda; Obras Públicas y Urbanismo; Educación y Ciencia; Sanidad y Consumo; Industria y Energía; Administraciones Públicas; Transportes, Turismo y Comunicaciones. Además, también son vocales: el general jefe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil y un representante de cada una de las comunidades autónomas y ocho de las administraciones provincial y municipal. El secretario será un subdirector general de la Jefatura Central de Tráfico.

Ordenanzas locales, reserva de ley y reservas democráticas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003

1. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003.
2. Una lectura crítica de la sentencia, a la luz del papel de las ordenanzas en el sistema de fuentes.
- 2.1. La reserva de ley y la interpretación excesiva del contenido esencial. 2.2. Los matices de la reserva de ley y su especial proyección sobre la esfera local. 2.3. El carácter democrático de las ordenanzas y su incidencia en el control abstracto de disposiciones.
3. Conclusiones.

Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero
*Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid*

Leonor Moral Soriano
*Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad de Granada*

El 28 de mayo de 2003, la Sala Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Segunda), dictó una sentencia en virtud de la cual la Ordenanza sobre conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones del Ayuntamiento de Madrid¹ era declarada nula de pleno derecho por contrariar la reserva de ley, garantizada por los artículos 33, 53.1 y 103.1 de la Constitución. La sentencia se adentra en una de las cuestiones más espinosas que plantea actualmente el Derecho local español: su sistema de fuentes reglamentarias y la incardinación de éste con el resto del ordenamiento jurídico. En el caso de autos se impugnaba una ordenanza urbanística por carecer de la debida habilitación legal, en tanto afectaba al derecho de propiedad y el legislador autonómico aún no se había pronunciado al respecto. Con un espíritu formalista y sin atención alguna hacia las peculiaridades del sistema local, la sentencia declara la invalidez de los artículos 25 a 32 de la ordenanza, aunque con un destacado voto particular del presidente de la sección, en sentido contrario al postulado por la mayoría.

En este breve comentario analizaremos los aspectos más problemáticos de la sentencia, y los confrontaremos con las objeciones democráticas que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional oponen a las interpretaciones rigoristas como la que muestra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En nuestra opinión, el sistema de fuentes local debe ser interpretado a la luz del artículo 140 de la CE y de la impronta participativa que inunda la actuación local, dotando a sus máximos actos generales, en este caso las ordenanzas, de una relación especial con las normas con rango de ley. Esta “relación especial” tiene como consecuencia una flexibilización de la reserva de ley, en reconocimiento del factor democrático que destilan las ordenanzas locales. Aunque una flexibilización nunca debería forzar los términos literales de la Constitución, sí permite evitar lecturas formalistas de las reservas legales. En este caso, la flexibilidad nos exige diferenciar la reserva de ley que se dirige a los municipios, y la reserva de ley que vincula a las administraciones del Estado y las autonómicas, en las que el elemento democrático se diluye y sólo queda, en toda su crudeza, la actuación del *gubernaculum*.

1. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003

La sentencia que pasamos a comentar resuelve un recurso directo contra la validez de la ordenanza antes

citada, concretamente sus artículos 25 a 32, en los que se regulaba la inspección técnica de edificios, el personal encargado de su realización, los plazos a los que quedaba sometida cada edificación y el consiguiente sistema de multas coercitivas en caso de incumplimiento de las normas hasta aquí resumidas. En dos palabras, el Ayuntamiento de Madrid incorporó en el año 1999 un modelo “privado” de inspección de edificaciones, en el que serían los propietarios de los inmuebles los encargados de presentar ante las autoridades municipales la acreditación de una inspección, la cual estaría a cargo de una empresa autorizada al efecto, y se acreditaría en una serie de plazos. El sistema sancionador creado por la ordenanza, en caso de incumplimiento de estos plazos, se aleja del sistema sancionador general y se manifiesta a través de “multas coactivas”, computadas por días en función del tiempo transcurrido desde el incumplimiento del último plazo para proceder a la inspección.

El marco legal que acompañaba a la ordenanza no daba viso alguno de habilitación expresa, sino que se limitaba a un conjunto de previsiones generales, en virtud de las cuales los entes locales gozaban de competencia para intervenir en la esfera jurídica de los particulares, siempre que dicha intervención no incidiera en el contenido esencial de un derecho fundamental. Lo interesante del caso radica en el cambio de 180 grados adoptado por el Ayuntamiento de Madrid, puesto que invierte el sistema tradicional de inspecciones urbanísticas, encomendado a los funcionarios municipales, a favor de una liberalización y la asunción de responsabilidades activas por parte de los propietarios. Lo que se discute, por tanto, es la viabilidad de un sistema de inspecciones distinto al ya existente, pero no la existencia de inspecciones urbanísticas a cargo de los municipios. Es a la luz de este marco legal, en el que el ayuntamiento demandado ya gozaba de experiencia normativa, donde debe situarse la disputa.

La argumentación de la sentencia discurre en torno a dos premisas: la reserva de ley a la que se somete la ordenanza (artículos 53.1 y 103.1 de la CE) y la lesión del contenido esencial del derecho fundamental de propiedad (artículo 33.1 de la CE). El ordenamiento constitucional español establece una necesaria mediación de la ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, y establece, en concepto de límite a cualquier intervención pública, que ninguna actuación incidirá en el contenido esencial de tales derechos. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, la reserva de ley no es una fijación automatizada de los derechos fundamentales a la ley, sino un llamamiento a ésta para establecer los rasgos configuradores del

1. Ordenanza de 28 de enero de 1999 (BOCM de 23 de febrero de 1999).

derecho y las condiciones de su ejercicio, con la consiguiente posibilidad de una participación del reglamento en tales ámbitos. Aunque la ley siempre es un punto de partida ineludible, cada derecho, según su fisonomía jurídica, permitirá una colaboración reglamentaria con una mayor o menor intensidad, y en función del contexto jurídico del caso.²

La sentencia parece hacer suyo este punto de partida, pero en breve comienza una confusa apreciación de la doctrina recién citada, hasta el punto de invertirla y deducir una interpretación mucho más rigurosa que la realizada por el Tribunal Constitucional hasta el día de hoy. Además, a lo largo de su argumentación tiende a confundir dos planos, que realmente deberían reducirse a uno: la reserva de ley. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decide hacer uso de la doctrina del contenido esencial y aglutinar ambas instituciones en una, como si fueran la misma cara de la moneda. Nadie mejor que el propio Tribunal Superior de Justicia para manifestar este *totum revolutum* conceptual:

“Para analizar si la ordenanza [...] es o no acorde con la Constitución española, en la redacción de sus artículos 25 a 32 hemos de analizar, en primer lugar, si establecen unas obligaciones que afectan al ‘contenido esencial’ del derecho de propiedad, como sostiene el recurrente, o por el contrario, se trata del ejercicio de las potestades administrativas establecidas en el artículo 22 del RSCL, con respaldo legal en el artículo 181 del TRLS, por no afectar a dicho contenido esencial.”

Con este pronunciamiento, con el que arranca el fundamento jurídico 2.º de la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia pasa a enjuiciar las disposiciones impugnadas por el recurrente. Será esta doctrina la empleada como matriz para determinar la constitucionalidad de la normativa local, y a partir de este momento, artículo por artículo, la sentencia aplica su contenido de manera taxativa. Si analizamos en qué consiste esta “matriz dogmática”, observaremos que implica una tergiversación de la reserva de ley prevista en el artículo 53.1 de la CE, e incluso una extralimitación de la misma con unas consecuencias de potencial desmesurado. Esquematizando de forma deductiva la argumentación del Tribunal Superior de Justicia, la sentencia viene a decir lo siguiente: si la normativa local afecta al contenido esencial del derecho de propiedad, entonces la normativa no encuentra respaldo legal en el artículo 181 del TRLS; si la normativa local no encuentra respaldo legal en el artículo 181 del TRLS, entonces la normativa local lesio-

na la reserva de ley garantizada en el artículo 53.1 de la CE.

Si resumimos la cadena deductiva, nos situamos ante un enunciado del siguiente tenor: si la normativa local afecta al contenido esencial del derecho de propiedad, entonces la normativa local lesiona la reserva de ley garantizada en el artículo 53.1 de la CE.

Esta formulación deductiva nos lleva a una vinculación entre el contenido esencial y la reserva de ley que difícilmente encaja en artículo 53.1 de la CE. Ello supone dar la vuelta a la construcción sobre la que se asientan ambas instituciones jurídicas, pero el Tribunal Superior de Justicia está bien seguro de esta línea y no duda en aplicarla a rajatabla, comenzando por una descripción del derecho de propiedad, sus sucesivas modulaciones debido al cambio social, y finalmente aplicando la “matriz” antes comentada al articulado impugnado. Sin embargo, el razonamiento, como puede deducirse de una breve lectura del artículo 53.1 de la CE, debería haber sido en el sentido inverso, situando en primer lugar el análisis de la reserva de ley, para pasar posteriormente a enjuiciar si el contenido esencial, dentro del ejercicio de las potestades normativas locales, ha sido lesionado. En caso contrario el Tribunal Superior de Justicia estaría permitiendo unas conclusiones que suponemos ajenas a la intención de aquél, pues entonces la reserva de ley del artículo 53.1 de la CE sólo afectaría a regulaciones que inciden en el contenido esencial. Lo cual nos lleva a una *reductio ad absurdum*, en tanto las regulaciones que lesionan el contenido esencial de derechos fundamentales son, a su vez, inconstitucionales, y así se imposibilitaría la activación de la reserva de ley. Según la sentencia, para lesionar la reserva de ley del artículo 53.1 de la CE es necesario lesionar el contenido esencial de un derecho fundamental, pero como lo segundo ya está prescrito por la Constitución, nunca llegaríamos al análisis de la reserva de ley.

La sentencia parece debilitarse haciendo uso de la lógica deóntica, que es la aplicable en el mundo del Derecho. Pero esto no parece influir en la decisión final de Tribunal Superior de Justicia, y con este trasfondo entra a enjuiciar los artículos impugnados. Comienza con el artículo 25, norma inicial del régimen de inspecciones urbanísticas, donde se establece el deber general de todo propietario de someter el inmueble a una inspección. Esta norma, que sienta el acta de defunción del antiguo sistema de inspección funcional, lesiona el contenido esencial del derecho a la propiedad por dos motivos: en primer lugar, por el abono de los honorarios que deberán percibir los inspectores “privados”,

2. Entre muchas otras, cf. las STC 83/1984 y 37/1987. Sobre esta doctrina a la luz de la más reciente jurisprudencia constitucional, cf. BELADIEZ

ROJO, M., “La vinculación de la Administración al Derecho”, RAP núm. 153, 2000.

constitutivos de “una merma o restricción de carácter económico del derecho de propiedad”;³ y en segundo lugar, los plazos a los que se sujetan los inmuebles a efectos de la inspección, que generan una diferencia de trato a favor de los titulares de inmuebles situados en otros municipios.⁴

Los artículos 29, 30 y 31 son igualmente invalidados por el Tribunal Superior de Justicia, en la medida en que establecen el procedimiento para la realización de las inspecciones. Puesto que el artículo 25 condiciona la legalidad de todos los demás, y el destino del primero es la invalidez, esta misma calificación merecerán las normas que lo desarrollan.

Finalmente, la sentencia se centra en el sistema de multas coercitivas impuesto por la ordenanza, y es aquí donde la resolución cambia de lleno su argumentación, pasando ahora a analizar la reserva de ley exigida por el artículo 25 de la CE en materia sancionadora. Según el Tribunal Superior de Justicia, el artículo 32 de la ordenanza establece un sistema de carácter sancionador, pues el régimen represivo viene a responder a las infracciones de las normas hasta ahora enjuiciadas. En tanto existe una remisión a una *lex certa* (los artículos 25 a 31 de la ordenanza), con su respectivo consecuente en forma de sanción (la multa coercitiva), estamos ante un régimen sancionador sin cobertura legal. Al enjuiciar este precepto, el Tribunal Superior de Justicia elude toda mención al contenido esencial de los derechos fundamentales, y cierra la cuestión con una declaración de inconstitucionalidad en contra de la ordenanza, por lesión del artículo 25 de la CE.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia no fue resuelta con la unanimidad de la sección, como muestra el voto particular formulado por Javier E. López Candela, a la sazón presidente de la sección. La discrepancia es sustantiva y afecta al fondo del asunto, con un resultado opuesto al alcanzado por la mayoría, excepto en lo atinente a las multas coercitivas. En este aspecto concreto, la sección al completo estimó que la ordenanza lesiona-

ba la reserva de ley exigida por el artículo 25 de la CE. En lo referente al resto, es decir, a la extraña interpretación del artículo 53.1, el magistrado discrepante tampoco comparte la argumentación de la mayoría.

Según el voto particular, el contenido esencial guía la interpretación del artículo 53.1 de la CE, pero no la condiciona.⁵ Más bien al contrario, si hubiera que extender la reserva de ley a todo tipo de ordenación, por muy formal que ésta fuera, congelaría la vertiente normativa de la autonomía local. Este efecto paralizador sólo se produciría si se interpreta el artículo 53.1 de la CE más allá del contenido esencial, entendiendo que la regulación de un derecho fundamental puede exigir la participación indispensable de un reglamento. En opinión del magistrado discrepante, la vertiente positiva de la autonomía local incluye la posibilidad de dictar normas y de ordenar relaciones sociales. Una interpretación contraria supondría una lectura excesiva del artículo 53.1 de la CE y una lesión del artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local. Por consiguiente, privando de toda voz al reglamento, incluso cuando su contenido no afecta al contenido esencial de un derecho fundamental, puede interferirse otra cláusula constitucional: el artículo 140 de la CE y la garantía institucional de la autonomía local.

2. Una lectura crítica de la sentencia, a la luz del papel de las ordenanzas en el sistema de fuentes

Tras un estudio del contenido de la sentencia, pasaremos a continuación a destacar los aspectos más problemáticos que presenta de cara a su encaje en el ordenamiento (II), para así dar paso a un análisis breve y conciso sobre la especial situación de la ordenanza en el sistema de fuentes español (III). En nuestra opinión, el aspecto más criticable de la sentencia, además de su construcción lógica, es la sorprendente desaparición de toda mención al lugar que corresponde a la ordenanza en la articulación de la reserva de ley. Probablemente

3. Un pronunciamiento que resulta algo sorprendente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de fiscalidad local, que luego veremos con más detalle, según la cual es necesario flexibilizar las condiciones de aplicación de la reserva de ley exigida por el artículo 31.3 de la CE. Esta línea, definitivamente confirmada a partir de la STC 233/1999, relativa a la Ley de haciendas locales, exige cuando menos una visión algo más sensible a las peculiaridades de la normación local, que la Sentencia aquí comentada no estima pertinente.

4. Aquí la sentencia introduce un análisis de igualdad para determinar si existe una lesión del derecho de propiedad, lo cual puede resultar algo criticable desde un punto de vista dogmático. Si los poderes públicos establecen diferenciaciones irrazonables entre situaciones jurídicas iguales, estaremos ante una lesión del artículo 14 de la CE y no de los artículos 33 y 53.1 de la CE, a menos que este elemento sólo sirva como un argumento *ad abundantiam*. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia parece inclinarse por un uso más bien sustantivo del principio de igualdad, pues acto seguido pasa a analizar la conformidad del régimen especial que reciben las personas jurídico-públicas, representaciones diplomáticas y organismos internacionales. En este aspecto, el Tribunal Superior de Justicia estima que se dota a “[...] las

entidades de derecho público de un privilegio, a modo de presunción de inocencia respecto del mantenimiento y conservación de aquéllas, que nos se otorga a los restantes ciudadanos pese a la dicción literal del referido artículo 14 de la CE [...]”.

5. Sin embargo, no está del todo claro si el magistrado está de acuerdo o no con la doctrina sobre el contenido esencial antes citada, pues en su FJ 3.º afirma lo siguiente: “Mas examinándose en el presente caso si el cumplimiento de ese mencionado deber formal impuesto por la ordenanza satisface las exigencias del principio de legalidad previsto en el artículo 9.3 de la CE hemos de entender que sí, partiendo de la base de que una regulación reglamentaria del derecho de propiedad que no incida en el contenido esencial del mismo es acorde el principio de reserva de ley, en tanto en cuanto el citado contenido esencial siga siendo reconocible.” Más adelante, no obstante, el voto particular parece matizar estas palabras y afirma que no toda intervención reglamentaria, incluso la que producida sin interferir en el contenido esencial, tiene que lesionar la reserva de ley (FJ 5.º), lo cual salva las consecuencias ilógicas que antes destacábamos, en las que sí se adentra la sentencia.

fruto de un prejuicio hacia todo lo reglamentario, la sentencia comete el error de considerar este tipo de actos locales como una mera normación del ejecutivo, sin atender a la naturaleza corporativa de los municipios, su lugar en la Constitución y los contenidos de la autonomía local. Por todo ello, propondremos una lectura del artículo 53.1 que permita compaginar la postura de la sentencia (más preocupada por tutelar el contenido esencial del derecho fundamental) y el carácter democrático (con el consiguiente plus de legitimidad) de las ordenanzas locales.

2.1. La reserva de ley y la interpretación excesiva del contenido esencial

En el epígrafe anterior destacábamos que la argumentación del Tribunal Superior de Justicia comete un error en su construcción, al anteponer la protección del contenido esencial del derecho de propiedad frente a la institución de la reserva de ley. Según la sentencia, antes de analizar si un acto reglamentario se encuentra *ultra vires*, por infracción del artículo 53.1 de la CE, es necesario determinar si ha lesionado el contenido esencial de un derecho fundamental. Así, el derecho predetermina el cumplimiento de la reserva de ley.

Esta interpretación nos llevaría a una afirmación como la siguiente: si la infracción del contenido esencial es lo que nos permite deducir si se respeta o no la reserva de ley, entonces todo lo que no afecte al núcleo de los derechos fundamentales respeta la reserva de ley. Esta lectura *a contrario* nos llevaría a un absurdo, que no es otro que el respeto de la reserva de ley de todo acto reglamentario que no incida con el contenido esencial de los derechos fundamentales. Con una interpretación tan expansiva de la reserva de ley, el artículo 53.1 y la garantía democrática que representa desaparecen, pues todo reglamento podría interferir en la esfera de los ciudadanos sin habilitación legal alguna, siempre y cuando no lesione el núcleo de un derecho fundamental. Esta afirmación, que el Tribunal Superior de Justicia parece hacer suya no sólo al enunciarla en el FJ 2.º de la sentencia, sino incluso al aplicarla en el enjuiciamiento de los artículos 25 a 31 de la ordenanza de ITE, plantea los siguientes problemas.

La reserva de ley es una institución jurídico-pública que garantiza el factor democrático. Sólo a través de una ley podrá el poder público incidir en la esfera jurídica del particular de forma lesiva, pues aquélla es manifes-

tación de la voluntad de éste, y sólo lo consentido por los ciudadanos es legítimo, especialmente cuando la regulación tiene consecuencias lesivas. Existe un debate en relación con la exacta relación entre la ley y la participación que merece el reglamento cuando la primera no existe o es insuficiente, pero hay un punto de acuerdo en todas las posturas: la relación no es mimética y taxativa, sino que debe apreciarse a la luz del contexto jurídico y el contenido de la regulación, con lo que en algunos casos estaremos ante una participación del reglamento más restringida (en la regulación de un derecho fundamental, por ejemplo), y en otros será más flexible (como en las relaciones de sujeción especial o en materia tributaria).⁶

Lo que la Constitución es evidente que no dice, ni puede decirlo, es que sólo en función del contenido esencial de un derecho puede determinarse si un reglamento carece o no de cobertura legal. Esta lectura esclaviza el sistema de habilitaciones en función de la extensión que se decida otorgar al contenido esencial de cada derecho. Así, como en el presente caso, si el derecho de propiedad se protege de una manera cualificada, interpretando que el abono de las ITE afecta a su contenido esencial, se reduce la posible actuación del reglamento. En tanto crece el contenido esencial del derecho fundamental, menos espacio hay para la intervención reglamentaria.

Pero éste no es el único problema que plantea la interpretación de la sentencia, pues lo más grave reside en la desaparición de la reserva de ley si se profundiza en esta línea de argumentación. Si para determinar la existencia de una habilitación legal, conforme al artículo 53.1 de la CE, es necesario primero analizar el cumplimiento o no del contenido esencial de un derecho fundamental, este análisis es ya por sí mismo un juicio de constitucionalidad. Si el estudio del contenido esencial es lo que permite decir si se lesiona o no la reserva de ley, es evidente que se está enjuiciando sólo lo primero. De esta manera la reserva de ley pasa a ser una institución inaplicable, porque todo lo que afecta al contenido esencial infringe la reserva, pero aquello que no afecte la respeta. Como la lesión del derecho ya es un vicio de constitucionalidad propio, al margen de la reserva de ley, una vez que el derecho se vea indemne en su núcleo ya no hay que preocuparse por la habilitación legal. Así, prácticamente todo reglamento sería conforme con la garantía del artículo 53.1 de la CE, lo que la tornaría en una figura redundante en el texto constitu-

6. A este respecto son expresivas las palabras de BARNÉS, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid-Sevilla, 1988, p. 1999, concretamente en el mismo ámbito que aquí nos afecta, el urbanismo: "Resulta elocuente el caso del urbanismo, donde los planes -reglamentos- gozan de un relevante papel, sin menoscabo de la reserva, frente al reducido ámbito que le resta al reglamento de régimen interior que desarrolle los derechos y libertades educativas. En uno y otro supuesto, la definición de lo

que al reglamento le está atribuido depende, no de la determinación de criterios a ellos dirigidos, sino de la naturaleza de cada derecho al que la ley habrá de dar cumplimiento hasta donde sus fuerzas lo permitan a fin de salvar la reserva que sobre ellos recae. [...] Son, en fin, los derechos constitucionalmente reservados a la ley los que fijan el ámbito de influencia, el peso y la medida de la reserva."

cional. Primero, porque la esclaviza en función de la extensión que se otorgue al contenido esencial de cada derecho, hasta hacerla redundante; y segundo, porque, leída *a contrario*, viene a proclamar el “todo vale” en la esfera reglamentaria, privando de función alguna a la institución que proclama la Constitución.

Es evidente que esta no era la intención del constituyente, ni por supuesto el espíritu que late en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De hecho, el magistrado disidente apuntó a este riesgo y a las posibles consecuencias de una interpretación semejante. En opinión de López Candela, la reserva de ley queda condicionada por la extensión del contenido esencial de cada derecho. Como en la sentencia se otorga una dimensión desmesurada al contenido esencial del derecho de propiedad, se cierra así la esfera de actuación del reglamento. Lo que no destaca el voto particular es la otra vertiente crítica de la sentencia: todo lo que no afecte al contenido esencial respeta la reserva legal, ¡como si ésta fuera una habilitación sólo para incidir en el contenido esencial de los derechos!

2.2. Los matices de la reserva de ley y su especial proyección sobre la esfera local

Una vez vista la crítica al uso que hace la sentencia de los conceptos de contenido esencial y reserva de ley, centrémonos algo más en esta última y sus peculiaridades en el plano local, que sin duda son diferentes a las que presenta en su proyección hacia otras administraciones. Como ya hemos adelantado en páginas anteriores, la reserva de ley es una garantía democrática frente a la inmisión del poder público en la órbita particular del ciudadano. Su lógica se manifiesta en toda su crudeza cuando la ley viene a reclamar la colaboración de normas reglamentarias, como los decretos autonómicos o una orden ministerial, manifestaciones normativas puras de la Administración, donde la participación democrática se diluye.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de matizar la aplicación de la reserva de ley en su vertiente más taxativa, para desembocar, a día de hoy, en una reserva de ley condicionada por dos factores: la eficacia administrativa y el cumplimiento de garantías participativas. De esta forma la jurisprudencia constitucional ha consagrado una ligera ruptura con la concepción liberal de la reserva de ley, hasta el punto de tolerar una participación más activa del reglamento en sectores antes vedados al mismo. Los sectores que han conocido un replanteamiento más intenso de sus fundamentos, a

la luz de esta jurisprudencia, han sido el Derecho administrativo sancionador y la actividad tributaria. En el primero se manifiesta claramente la incidencia del primer factor que antes indicábamos, la eficacia administrativa, pues el margen de configuración que el Tribunal Constitucional ha reconocido a las administraciones se basa en la necesidad de que sean éstas las encargadas de concretar (no crear) las actividades que merecen la punición, en atención a las necesidades del sector, su desarrollo, las peculiaridades del mismo en cada momento histórico, etc.⁷ En una transacción entre la garantía formal de la reserva de ley prevista en los artículos 25 y 53.1 de la CE y las necesidades de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la CE), el Tribunal Constitucional aseguró un anclaje de las normas reglamentarias, pero dejando un espacio de ordenación a favor del reglamento en el momento de la concreción.⁸ Si tenemos en cuenta que esta tendencia rompe con uno de los mitos sagrados del Derecho público sancionador, no es difícil comprender que la segunda ruptura en la configuración de la reserva de ley se produjera en otro sector igualmente sensible: la potestad tributaria.

En una sentencia reciente, la STC 233/1999, el Tribunal Constitucional ha confirmado una lectura de la reserva de ley en materia tributaria que ya hizo acto de presencia en la sentencia sobre la Ley de tasas y precios públicos.⁹ Desde 1995 el Tribunal Constitucional dejó bien claro que la reserva de ley necesita una “especial flexibilidad”, tanto en el momento de la configuración básica del tributo como en la garantía de las necesidades técnicas del mismo. Se reitera la misma postura manifestada en materia sancionadora, con el factor de la eficiencia administrativa por medio, pero con la STC 233/1999 se da una mayor cobertura a la actuación del reglamento cuando la imposición se manifieste a través de tasas municipales. Según el Tribunal Constitucional, “la imposición y ordenación de las tasas municipales corresponde al Pleno de la corporación, órgano que, en tanto que integrado por todos los concejales (artículo 22.1 de la LBRL) elegidos, en los términos que establece la legislación electoral general, ‘mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto’ (artículo 199.2 de la LBRL), respeta escrupulosamente las exigencias de autoimposición o de autodisposición de la comunidad sobre sí misma que, como hemos venido señalando, se adivinan en el substrato último de la reserva de ley. [...] De lo expuesto cabe concluir que, en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la corporación municipal, es preciso que la ley estatal atribuya

7. Quizá el elemento constitutivo de flexibilidad más polémico sea el que afecte a las relaciones de sujeción especial, consagrado en las STC 74/1985, 2/1987 y 219/1989, entre otras muchas. Sobre esta cuestión, cf. LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales*

de sujeción, Madrid-Córdoba, 1994, p. 311 y ss.

8. Cf. las STC 77/1983, 2/1987, 42/1987, 101/1988, 305/1993 y 6/1994.

9. STC 185/1995.

a los acuerdos dictados por éste (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del municipio, entre los cuales se encuentran las tasas”.¹⁰

De lo dicho no debemos concluir que el Tribunal Constitucional ha abierto las puertas a la erradicación de la reserva de ley, sino a una participación más matizada del reglamento en sectores determinados, en función del contexto jurídico y la materia objeto de ordenación. No resulta casual que en los casos antes citados, tanto en el ámbito sancionador como en el tributario local, latía de fondo un verdadero conflicto entre normas constitucionales (artículos 25 y 53.1 vs. artículo 103.1 en el primero; artículos 31.3 y 133.1 vs. artículo 140 en el segundo). En el primer ámbito se reclamaba una definición de las infracciones y sanciones administrativas, principalmente con el objetivo de erradicar por todos los medios la deslegalización. Sin embargo, en cuanto a la posibilidad de una participación mediante la concreción de las infracciones y sanciones, el Tribunal Constitucional ha dado cierto margen de actuación a la Administración. Un tanto de lo mismo ocurre con la potestad tributaria, cuya reserva de ley no se ve excepcionada por la jurisprudencia, sino matizada y teniendo siempre presentes los límites del reglamento (unidad del ordenamiento y básica igualdad de posición de los contribuyentes; intervención mínima del legislador estatal, en cumplimiento del artículo 133.1 de la CE, etcétera).

Lo que sí debemos destacar es la importancia de los sectores en los que opera esta flexibilización, dos de los ámbitos “sagrados” en la dogmática jurídico-pública liberal, a partir de los cuales se desarrolló el arsenal conceptual del siglo XIX: reserva de ley, principio de legalidad, principio de tipicidad, etc. El Estado constitucional de derecho ha puesto a prueba todas estas nociones y no ha tenido empacho en matizarlas. Si sectores tan mediatizados por las garantías constitucionales, como el Derecho punitivo y el tributario, han sido testigos de un retroceso en la concepción taxativa de la reserva de ley, *a fortiori* debemos expandir esta realidad hacia otros sectores con menos incidencia en la esfera individual del ciudadano.

Asimismo, es importante destacar que esta flexibilidad, que debe ser configurada como una flexibilidad matizada, encuentra peculiaridades propias en la esfera local. De hecho, en la reciente STC 132/2000 el Tribunal Constitucional ha aglutinado en un solo pronunciamiento las dos líneas jurisprudenciales que acabamos de comentar, en un supuesto en el que salía a relucir la potestad sancionadora y las peculiaridades del sistema

de fuentes local. En concreto, en este asunto se planteaba la constitucionalidad de la Ordenanza municipal para el servicio urbano del transporte del Ayuntamiento de Madrid, en la que se tipificaban infracciones administrativas, con clara autonomía respecto de la normativa legal aplicable. No sólo era una ordenanza preconstitucional, sino que tampoco existía infracción alguna en la legislación estatal o autonómica sobre transportes terrestres que permitiera otorgarle alguna vinculación con la ley. A pesar del pronunciamiento en contra de la ordenanza, el Tribunal no tuvo inconveniente en recordar su postura en torno al papel de la ordenanza, concretamente su posición en la citada STC 233/1999:

“Expresamente dijimos entonces que el ámbito de colaboración normativa de los municipios, en relación con los tributos locales, era mayor que el que podría relegarse a la normativa reglamentaria estatal. Dos datos normativos consideramos entonces relevantes para llegar a aquella conclusión: que las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano –el Pleno del ayuntamiento– de carácter representativo; y que la garantía local de la autonomía local impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia –como los tributos locales– donde está claramente presente el interés local.”

Claro que el Tribunal Constitucional no se olvida de la imposibilidad de una renuncia a la reserva de ley, pero lo importante de esta jurisprudencia, ahora sí reiterada, reside en la necesaria flexibilidad de la reserva legal, su especial atención a la autonomía local, al margen de actuación de los municipios, y la atención debida al contexto jurídico del supuesto de hecho y su entorno normativo. Todos estos elementos lucen por su ausencia en la argumentación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid aquí comentada, que, utilizando una argumentación abigarrada sobre las relaciones entre contenido esencial y reserva de ley, hace imposible esta última al tiempo que la desvirtúa y la aleja de una línea jurisprudencial ya asentada por el Tribunal Constitucional. Esta línea jurisprudencial se encuentra especialmente atenta al factor democrático presente en la actuación municipal, y será este último aspecto, el elemento democrático, el que nos servirá para sustentar la crítica siguiente.

2.3. El carácter democrático de las ordenanzas y su incidencia en el control abstracto de disposiciones

Como se ha indicado anteriormente, el arranque del fundamento jurídico 2.º de la sentencia del Tribunal

10. La sentencia cita aquí la STC 19/1987, concretamente su FJ 4.º, donde se manifiesta que los “ayuntamientos como corporaciones representativas que son (artículo 140 de la Constitución), pueden, ciertamente, hacer realidad, mediante sus acuerdos, la autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios, que es uno de los principios que late en

la formación histórica –y en el reconocimiento actual, en nuestro ordenamiento– de la regla según la cual deben ser los representantes quienes establezcan los elementos esenciales para la determinación de la obligación tributaria”.

Superior de Justicia no puede ser más errado al reducir el espacio de la ordenanza local a la mera ejecución o desarrollo de leyes, y trasladar las relaciones intraordinamentales entre leyes y reglamentos a las relaciones interordinamentales entre leyes y ordenanzas municipales. Efectivamente, el eje argumentativo de la sentencia es la afectación o no del derecho fundamental, de manera que si existe afectación por la ordenanza, se viola la reserva de ley, y si no existe afectación entonces se está actuando dentro de las potestades administrativas. Este razonamiento interpreta la reserva de ley como vinculación positiva, es decir, sólo se puede regular por ordenanza lo ya regulado por ley. Por eso, concluye el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, un sistema de inspección técnica de viviendas que incorpora a los particulares, es un sistema distinto del elaborado por la legislación autonómica, que no está en línea con las potestades administrativas reconocidas en ese ámbito, y por lo tanto también es contrario a la reserva de ley. Se vacía así de contenido normativo a la autonomía local porque, como indica el Consejo de Estado en su Dictamen 1749/1994, de 23 de febrero de 1995, no existe autonomía municipal si fuese la ley estatal o autonómica la que estableciera el contenido normativo de la ordenanza municipal.

Una lectura de la reserva de ley como vinculación positiva es, sin embargo, contraria a la Constitución por varias razones. En primer lugar, porque ésta atribuye autonomía a los entes locales (artículos 137 y 140 de la CE), lo que está íntimamente conectado con el proceso de descentralización del poder público. En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 1 de la CE, que recoge los valores fundacionales del Estado, España es un Estado democrático, lo que se predica de todos los niveles de poder público, y especialmente del nivel local. A los principios de autonomía local y legitimidad democrática se le suma otro, incorporado al Derecho español por el TCE y la CEAL: el principio de gestión cercana a los ciudadanos o principio de subsidiariedad. Todos ellos permiten una lectura de la reserva de ley como vinculación negativa¹¹ que compagina, de un lado, el mandato del artículo 53.1 de la CE y de otro el carácter democrático de las ordenanzas locales y de la gestión administrativa en el nivel local.

Parece que el legislador constitucional atribuyó tanto a las comunidades autónomas como a los municipios y provincias idéntica autonomía en la gestión de sus respectivos intereses, pues de lo contrario no aparecerían mencionadas conjuntamente en el artículo 137 de la CE. Ahora bien, aunque esta identidad es cierta, no es

menos cierto que se trata de formas cualitativamente distintas de autonomía porque las comunidades autónomas, a diferencia de los entes locales, tienen atribuida la potestad legislativa, así como el reconocimiento constitucional de un ámbito competencial propio para el ejercicio de su autonomía. Pero no se trata, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 28 de julio de 1981, de un grado inferior de autonomía respecto a las comunidades autónomas, ni tampoco subordinada a la voluntad de las comunidades autónomas, sino de una autonomía articulada de manera distinta y con fundamentos distintos a la autonomía de las comunidades autónomas.

La autonomía local no permite concretar la forma de autogobierno, o las competencias de los entes locales. Este principio hace referencia a la distribución de poder público constituido, orientada a asegurar que las decisiones se adopten y expresen la voluntad de la comunidad cuyos intereses específicos entren en juego. Autonomía local significa, por lo tanto, la garantía de que la organización de poder no será tal que coloque al ente local en una situación de subordinación jerárquica con respecto a otros poderes públicos, y la garantía de que el ámbito material de actuación reconocido le permita la gestión de los intereses locales.

El principio de Estado democrático y de gestión cercana a los ciudadanos complementa el de autonomía local, porque si éste se refiere a la distribución de poder, democracia local y subsidiariedad hacen referencia a la legitimidad democrática de las decisiones adoptadas por los entes locales.

En relación con la legitimidad democrática del gobierno local, el Tribunal Constitucional ya la ha relacionado con la autonomía local, pues la define como “el derecho de la colectividad local a la participación a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen” (STC 32/1981, de 28 de julio).

La vinculación entre el gobierno local y el principio de Estado democrático es relativamente reciente. En Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, tuvo lugar un periodo de clara consolidación de las democracias nacionales, donde el sistema administrativo y legislativo reforzó el papel de la Administración central o del Estado central.¹² Son en estos órganos donde reside la legitimidad democrática de la administración pública, a pesar de que ya se hubieran alcanzado logros en la democratización de los gobiernos locales. Desde el punto de vista de elaboración de políticas públicas y de toma de decisiones, se aprecia, además, una subordinación de lo infranacional al Estado central: las políti-

11. El Consejo de Estado, en el Dictamen 1749/1994, de 23 de febrero de 1995, quiere desmarcarse de la rígida lectura que el Tribunal Constitucional hacía del artículo 25 de la CE, y defendió la vinculación negativa (hacer todo lo que no está prohibido) porque se expresa claramente en el artículo 55 de

la LBRL, “en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes”.

12. Cf. JOHN, P., *Local Governance in Western Europe*, Londres, Sage, 2001, p. 39.

cas locales son elaboradas por los gobiernos centrales, y estos se reservan fuertes instrumentos de control sobre la actuación de los órganos locales.

Esta dinámica cambia cuando aparecen formas de gobierno local independientes del Gobierno central. Es entonces cuando las políticas locales dejan de ser la mera aplicación de políticas centrales y los gobiernos locales comienzan a elaborar su propio *indirizzo politico* ayudados por la revalorización del concepto de la autonomía local y su conexión con otros principios como el de subsidiariedad y el de descentralización del poder político.

Este cambio está justificado en dos de los aspectos intrínsecos al gobierno local: es el nivel administrativo y de toma de decisiones más cercano a los ciudadanos y, a diferencia de otros órganos administrativos, los entes locales están integrados por representantes elegidos por los ciudadanos. Sin embargo, la representación democrática no agota el principio de Estado democrático aplicado a los entes locales. La democracia local ofrece a los ciudadanos, siguiendo a J. S. Mill, la posibilidad de ejercer sus libertades y de expresar su identidad local de una manera diferente y complementaria al Gobierno central¹³ o autonómico.

Pero junto al elemento democrático-participativo de las ordenanzas locales, hay que tener en cuenta el democrático-procedimental. Tradicionalmente, se ha argumentado a favor de la legitimidad democrática de la reserva de ley. En efecto, cuando la Constitución reserva ciertos ámbitos a la ley, lo que está haciendo es extender a éstos una garantía democrática relativa a la forma en que se adoptan las decisiones: mediante un debate entre mayorías y minorías parlamentarias que ofrezca una garantía a la mayoría y el respeto a la minoría. La legitimidad democrática de la reserva de ley radica, por lo tanto, en la legitimidad procedimental. Si se entiende así la legitimidad democrática de la reserva de ley, es evidente que algún papel deberá jugar cuando abordamos el problema de las relaciones entre leyes y ordenanzas municipales, porque en ambos casos nos encontramos con normas jurídicas que han sido elaboradas por los representantes de los ciudadanos y a través de un debate entre mayorías y minorías que asegura su legitimidad democrática.

El principio de democracia local ciertamente legitima la actuación de la Administración local, pero su papel no se reduce sólo a eso. El Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado sobre el principio de democracia local, tanto en su vertiente representativa como procedimen-

tal, lo ha utilizado en la jurisprudencia contencioso-administrativa para el control de la actuación pública. Por ejemplo, en la STC 5/1983, de 4 de febrero, el alto tribunal entiende que los concejales son representantes directos de los electores, y no meros delegados de los partidos políticos, por lo que no es posible su revocación discrecional. En otra ocasión (STC 32/1985, de 6 de marzo), el Tribunal Constitucional se pronunció en relación con el Pleno del ayuntamiento como órgano representativo cuya función es la de controlar la actuación de todos aquellos órganos de gobierno y de administración que no emanan directamente de la elección popular. También consagró, en esta STC, el principio de participación de las minorías en el gobierno local como manifestación del pluralismo político consagrado en la CE.

Volviendo a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al entender ésta que el ejercicio de las potestades administrativas establecidas en el artículo 22 del RSCL no afectan al contenido esencial de los derechos fundamentales, está reduciendo la democracia local a lo técnico, a la ejecución de decisiones (democráticas) adoptadas en otros niveles de poder y atendiendo a otros intereses involucrados. Ignora no sólo la legitimidad democrática, tanto representativa como procedimental, de la que gozan las decisiones adoptadas por las entidades locales, sino que crea una fractura imposible entre los derechos fundamentales y la democracia local porque despoja a los entes locales de la capacidad de defender los derechos de sus ciudadanos. En este sentido, apunta Bandrés¹⁴ que la democracia local, además de tener una dimensión política, tiene una dimensión social en tanto que el ayuntamiento está comprometido a favor del Estado social y de la expansión del Estado del bienestar, lo que claramente impide una jurisprudencia como la contenida en la sentencia analizada.

La sentencia comentada olvida que el problema que debe resolver, el de la imbricación de dos normas jurídicas (ley autonómica y ordenanza municipal) es típico de un Estado democrático y por lo tanto plural. Apunta el Consejo de Estado en el Dictamen 1749/1994 que la fórmula de organización política de la democracia española está dominada por el pluralismo, que no se agota en la pluralidad de partidos políticos, sino también en la distribución del poder territorial. El pluralismo político se transforma así en pluralismo jurídico, sobre todo cuando en todas las instancias de poder territorial, incluida la local, el Derecho es creado por cauces demo-

13. MILL, J. S., *Considerations on Representative Government in Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, Londres, J. M. Dent, 1861, p. 38.

14. Véase BANDRÉS, J. M., "El valor del principio de democracia local en la jurisprudencia contencioso-administrativa de los tribunales superiores de

justicia", en *Anuario del Gobierno Local 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 326.

cráticos. Cuando la sentencia comentada subordina la ordenanza a la ley autonómica mediante la técnica de la vinculación positiva de la reserva de ley, lo que hace es subordinar también una democracia, la local, y erosionar así el pluralismo político y jurídico que defiende nuestra Constitución.

La relación entre autonomía local y legitimidad democrática se completa con el principio de subsidiariedad. El artículo 1 del TUE recoge una concepción política del principio de subsidiariedad que aparece igualmente recogida en el artículo 4.3 de la CEAL. Este principio es el reconocimiento constitucional de la existencia de una gobernanza en los niveles subnacionales (regionales y locales). En su vertiente administrativa recogida en el artículo 5 del TCE, el principio de subsidiariedad implica también que la actuación pública debe producirse en el nivel de gobierno más apropiado, entendiendo por éste el más cercano a los ciudadanos. Esta idea de proximidad al ciudadano facilita el necesario vínculo que debe existir entre la legitimidad democrática de la Unión y la elección del nivel adecuado de intervención.

Este principio encuentra su mejor aplicación en el proceso político de descentralización que domina la definición legislativa de las competencias locales, de manera que los intereses de la comunidad justifican la participación de sus órganos de administración y gobierno, y justifican también su competencia en el asunto sobre el cual la comunidad tiene un interés.

Es en este sentido en el que comienza a ser aceptado el principio de subsidiariedad por la jurisprudencia española. La STS de 18 de julio de 1997 confirma la sentencia en primera instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña que declaró no conforme a derecho el Convenio de Cooperación Institucional adoptado por la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, al atribuirse competencias que sólo podrían serlo por ley –en concreto la imposición de obras y servicios a los municipios integrantes del Área sin contar con su aprobación inicial–. Frente a este instrumento de cooperación en el ámbito de los servicios públicos, los planes provinciales de cooperación no suponen que la Diputación asuma la titularidad de los servicios y las obras que ostentan los municipios. La necesidad de aceptación voluntaria de la obra o el servicio –presente en los planes provinciales de cooperación– está reforzada por el principio de subsidiariedad que exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas (artículos 2.1 de la LBRL y 4.3 de la CEAL). Este principio enlaza con la “exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente local sean expresados por quienes tienen legitimación para ello”.¹⁵

El principio de subsidiariedad también ha sido utilizado en la STS de 20 de febrero de 1998 en relación con el Decreto de la Comunidad Autónoma de Baleares sobre toponímicos y la primacía de aceptación voluntaria de los ayuntamientos: “Con otras palabras, la estimación del recurso se ofrece más respetuosa con la garantía institucional de la autonomía local y más conforme con el carácter representativo de las instituciones a través de las cuales se ha expresado una voluntad que por no oponerse a la ley y proceder de las autoridades más cercanas a los ciudadanos (artículo 4.3 de la CEAL) puede y debe ser seguida cuando, como aquí sucede, conecta de modo claro con intereses colectivos de ámbito estrictamente local expresados por quienes tienen legitimación para ello” (FJ 6.º).

De acuerdo con lo anterior, el principio de subsidiariedad tiene un papel doble. Por una parte, tiene una función positiva, en tanto que permite reivindicar el ejercicio de competencias para mejor satisfacción de eficacia administrativa y de la legitimidad democrática de la intervención pública.¹⁶ De otra parte, tiene también una función negativa, en tanto que permite controlar la atribución de competencias locales realizadas por el legislador de bases y el sectorial. Como indica Ortega Álvarez, “el vaciamiento competencial injustificado sería incompatible con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad”.¹⁷

Ciertamente, el objeto de la sentencia comentada no es el control de la atribución de competencia a los municipios que hace la legislación autonómica en materia de inspección técnica de edificios. Su objeto era, más bien, discernir el ámbito de la autonomía local y decidir si éste permitía al Ayuntamiento de Madrid, entre otras cosas, invertir la carga de la prueba en la inspección técnica, así como introducir un elemento privado en el sistema de inspección. Tal cosa no se podrá realizar correctamente si se omite el principio de subsidiariedad, que reclama para el municipio la gestión de un servicio tan cercano a los ciudadanos como el control de las condiciones de seguridad, salubridad y ornato público de las edificaciones.

El principio de subsidiariedad sí permite, sin embargo, controlar al legislador en lo referente a la atribución de competencias propias a los entes locales.

15. FERNÁNDEZ MONTALVO, R. “Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la autonomía local”, en *Anuario del Gobierno Local*, editado por T. Font i Llovet, 269-321, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 288.

16. No hay que entender esta última idea en el sentido de que del principio de subsidiariedad se derive un listado de competencias, cosa, por otro lado, que tampoco ocurre con el principio de autonomía institucional de los

entes locales. El principio de subsidiariedad sí permite, sin embargo, controlar al legislador en lo referente a la atribución de competencias propias a los entes locales.

17. ORTEGA ÁLVAREZ, L. “Autonomía local y subsidiariedad europea”, en *Anuario del Gobierno Local 1995*, editado por T. Font i Llovet, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 627.

3. Conclusiones

El carácter representativo y participativo de la democracia local, unido al principio de subsidiariedad, es decir, a la legitimidad en la adopción de decisiones lo más cercanas a los ciudadanos que sea posible, afecta a la interpretación de instituciones jurídicas como la reserva de ley, máxime cuando ésta también hunde sus raíces en la legitimidad democrática de las leyes sobre las normas reglamentarias. Los principios de autonomía local, la legitimidad democrática de los entes locales, y subsidiariedad obligan a modular la relación entre la ley y la ordenanza, y obligan a plantear su relación desde parámetros distintos a la vinculación positiva que hace de la ordenanza municipal una norma de mera ejecución de la ley. Precisamente es esto lo que no evita la sentencia analizada. ■

Coordinación de la autorización ambiental integrada con otros instrumentos de intervención ambiental: la licencia de actividades clasificadas

Judith Domínguez Serrano
*Doctora en Derecho
por la Universidad Autónoma de Madrid*

1. Introducción.
2. La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.
3. El desarrollo legislativo por las comunidades autónomas.
4. Las modificaciones introducidas por la Ley 16/2002 a la normativa sectorial.
5. Ámbito de aplicación: instalaciones sometidas a autorización ambiental integrada.
6. Coordinación con la licencia municipal de actividades clasificadas.
7. El régimen establecido por la Ley 3/1998 de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración catalana.
8. El sistema de articulación previsto por la ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación de impacto ambiental de la Comunidad de Madrid.
9. El respeto de las competencias locales derivado de la autonomía municipal.
- 9.1. La garantía institucional de la autonomía local. 9.2. La gestión de sus propios intereses. 9.3. La capacidad técnica de la Administración como justificación para la atracción de competencias municipales.
10. Conclusión.

1. Introducción

La entrada en vigor de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, que incorpora al Derecho interno la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996, de prevención y control integrados de la contaminación (o Directiva IPPC, por sus siglas en inglés) plantea problemas de coordinación respecto a los instrumentos ya existentes en el ordenamiento interno que evalúan la incidencia ambiental de una actividad sobre el medio ambiente, como son la evaluación de impacto ambiental y la licencia de actividades clasificadas. El objetivo final de la Directiva IPPC es la protección ambiental del medio ambiente en su conjunto mediante un enfoque integrado y de la coordinación de las autoridades competentes que deriva en el otorgamiento de un permiso único, de ahí la necesidad de coordinación interadministrativa según el sistema de distribución competencial español. También representa un problema para las comunidades autónomas el desarrollo y complemento de la ley básica y el cumplimiento de las obligaciones para las diversas administraciones territoriales para dar cumplimiento efectivo a la ejecución del Derecho comunitario.¹

La posible superposición o duplicación de actuaciones lo aborda la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención

y control integrados de la contaminación mediante la coordinación entre estos instrumentos de intervención. Por un lado, los artículos 12.4.a) y 28 prevén la posible integración de la declaración de impacto ambiental en el procedimiento de autorización ambiental integrada, potestad que corresponde a las comunidades autónomas decidir; y por otro, el artículo 29 se refiere a la coordinación del procedimiento de autorización ambiental integrada con la licencia de actividades clasificadas. En ambos casos, se hace necesario revisar las competencias de cada órgano o autoridad interviniente en el procedimiento de autorización.

Con la distribución competencial en la materia de medio ambiente que realiza la CE de 1978, las tres administraciones territoriales cuentan con competencia² y, dentro de éstas, su ejercicio se encuentra atribuido a diversos departamentos u órganos. Tratándose de los procedimientos de autorización ambientales regulados en las leyes sectoriales, la intervención de las diversas administraciones se articula a través de los diversos mecanismos de colaboración y coordinación previstos en la CE y la LRJPAC. Sin embargo, la incorporación de la Directiva IPPC exigió la revisión de los procedimientos existentes para su efectiva coordinación entre las obligaciones del Estado español para dar ejecución al Derecho comunitario.³ Este es uno de los motivos por

1. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC 13/1998, FJ 2: "[...] el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los estatutos de autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias en las materias afectadas". Asimismo las STC 236/1991, FJ 9, 252/1988, FJ 2, 76/1991, 115/1991, 236/1991, 79/1992, 117/1992 y 80/1993, entre otras. La autonomía institucional de las comunidades autónomas para ejecutar directamente el Derecho comunitario, tiene límites que dependen de la competencia estatutaria asumida, es decir, los efectos entre la exclusividad plena y la mera ejecución son diferentes, y más aún, cuando corresponde a las comunidades autónomas la ejecución pueden estar reservados ciertos ámbitos al Estado como la "coordinación", o incluso parte de la legislación básica puede tener alcance ejecutivo. La problemática de la unidad normativa y las competencias de las comunidades autónomas para ejecutar el Derecho comunitario se ha planteado desde el ingreso de España a las comunidades europeas, y de cara a las relaciones del Estado español con éstas y con las comunidades autónomas buscando las vías para evitar el incumplimiento de transposición de la normativa comunitaria cuando correspondiera a la competencia de las comunidades autónomas, más aún que no todas habían asumido todas las competencias ambientales en el mismo grado. Vid. SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "El Derecho de la Unión Europea y la distribución de competencias", en *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1999, pp. 243-278; GIL IBÁÑEZ, A. J., "La relación jurídica entre la Administración europea y las nacionales. Los problemas de aplicación administrativa del Derecho comunitario", en ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.), *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la CE de 1978*, INAP, Madrid 1998, pp. 115-119.

2. La materia ambiental es compartida entre el Estado y las comunidades autónomas, y la competencia concurrente de conformidad con la CE de 1978, si bien también los municipios ostentan algunas competencias ambientales que encuentran fundamento en la LBRL. La distribución competencial res-

ponde a la configuración realizada por el "bloque de la constitucionalidad" integrado por lo que la Constitución establece y los diversos estatutos de autonomía. Vid. RUIZ-RICO RUIZ, G., *El derecho constitucional al medio ambiente*. Tirant, Madrid, 2000, p. 181, que sistematiza las competencias ambientales en *competencias ambientales específicas*: artículos 148.1.9 y 149.1.23 (medio ambiente), artículo 148.1.8 (montes y aprovechamientos forestales), pesca y caza (148.1.11 y 149.1.19) y *competencias "conexas" a la problemática ambiental*, y dentro de éstas cabría diferenciar entre dos subgrupos, aquellas consustanciales a las políticas públicas o las que de forma subsidiaria aparece el interés ambiental como configurador y condicionante.

3. Sobre el que se ha pronunciado el TJCE desde etapas muy tempranas, la STJCE de 12 de junio de 1990, en el asunto 8/88 *Alemania vs. Comisión*, donde dispuso que: "Incumbe a la totalidad de las autoridades de los estados miembros, ya sean centrales, federales u otras de índole territorial, garantizar la observancia de las normas del Derecho comunitario dentro del ámbito de sus competencias. Por el contrario, no incumbe a la Comisión pronunciarse sobre el reparto de competencias establecido por las normas institucionales de cada Estado miembro ni sobre las obligaciones que pueden incumbir a las autoridades de la República Federal y de los *länder*"; recogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la STC 80/1993, FJ 3: el "Tribunal de Justicia ha consagrado el llamado principio de autonomía institucional y procedimental, en virtud del cual, cuando las disposiciones de los tratados o demás normas comunitarias reconocen poderes a los estados miembros o les imponen obligaciones en orden a la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión de saber de qué forma el ejercicio de esos poderes y la ejecución de las obligaciones pueden ser confiadas por los estados miembros a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado miembro". Vid. GIL IBÁÑEZ, Alberto J., *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las administraciones nacionales y europeas*, MAP, Madrid, 1998, pp. 250-251; FUENTES BODELÓN, F., "Repercusiones en el derecho ambiental español del ingreso de España en la CEE", en DA, núm. 190, 1981, pp. 157-200, quien expone la postura ya consolidada en la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea de que los estados miembros no pueden invocar una situación nacional compleja para desnaturalizar o impedir la aplicación directa de una norma comunitaria ante su falta de incorporación en el plazo establecido.

los que no se logró transponer en tiempo la Directiva IPPC (31 de octubre de 1999). Otra causa del retraso en la incorporación de la directiva fue el problema relativo a la identificación de las instalaciones afectadas.⁴ Recientemente fue aprobada la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación al amparo del artículo 149.1.23.^a de la CE, cuyos datos más relevantes se expondrán a continuación para comprender la coordinación con la licencia de actividades clasificadas.

2. La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación

Por esta ley básica vienen incorporadas al ordenamiento interno las obligaciones derivadas de la Directiva IPPC de *enfoque integrado y coordinación entre las autoridades intervinientes* en la autorización de una instalación potencialmente más contaminante (listadas en el anexo 1 de la directiva y de la ley) para *otorgar un permiso único* (artículo 2.9); así, se incorporan los lineamientos que sigue el Derecho comunitario ambiental más reciente en cuanto a las exigencias ambientales de *alto nivel de protección del medio ambiente en su conjunto* y de los principios del Derecho ambiental de *prevención, precaución, contaminador-pagador* (artículo 174 del TUE); y por otro lado, a las exigencias procedimentales de *coordinación interadministrativa, simplificación administrativa en beneficio de los ciudadanos, transparencia informativa y coherencia entre las diversas resoluciones administrativas* (las nuevas normas comu-

nitarias ambientales expresamente aluden a la obligación de los estados miembros de dictar su normativa interna ambiental en torno a estas exigencias). De tal forma, que se instaura un *nuevo procedimiento de intervención administrativa*.

3. El desarrollo legislativo por las comunidades autónomas

La Ley 16/2002 es una ley básica (disposición final 6.^a) que recoge el “mínimo común normativo” (STC 90/2000, FJ 3)⁵ que permite a las comunidades autónomas establecer normas adicionales de protección en materia de medio ambiente, en ejercicio de su competencia derivada de los artículos 149.1.23 y 148.1.9 de la CE de *gestión en materia de protección del medio ambiente*, por lo que el desarrollo legislativo y la ejecución de la ley corresponden a las comunidades autónomas, no sin problemas, dada la ausencia del desarrollo reglamentario de la ley básica por el Gobierno (disposición final 7.^a).

La Generalitat de Cataluña se adelantó en la transposición de la Directiva IPPC –aun cuando no lo menciona expresamente–, con la promulgación de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración catalana,⁶ deduciendo las bases directamente de la legislación ambiental existente, sin problemas interpretativos sobre su competencia para transponer directamente el Derecho comunitario,⁷ sobre la cual ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.⁸

4. En el documento “Prospección tecnológica en sectores incluidos en la Directiva 96/61/CEE (IPPC)”, se decía que el número de centros productivos que se verían afectados por la Directiva era de 2.740 de los cuales el sector de industrias minerales y el sector químico eran los que potencialmente poseían mayor número de centros afectados, que suponía el 42,8% del total a nivel nacional, el sector agroalimentario representaba cerca del 15,9%, el sector de gestión de residuos, alrededor del 19% y el sector de producción y transformación de metales junto con el sector pastero-papelero, el sector de instalaciones de combustión, el sector textil y el sector de fabricación de carbono, el restante 22,3%, concentrándose éstos en Cataluña, la Comunidad Valenciana y el País Vasco (59,9%), datos que posteriormente fueron concretados por el Ministerio de Medio Ambiente en 4.000 centros afectados, que se encuentran principalmente en Cataluña, la Comunidad Valenciana, Aragón y el País Vasco. Los sectores afectados son el agroalimentario en un 42%, el químico con un 21%, la industria mineral con un 10,7%, el de producción y transformación de metales en un 9,2%, requiriéndose inversiones por más de 6.000 millones de euros (BOE de 7 de febrero de 2002, Sesión Plenaria núm. 130, celebrada el 7 de febrero de 2002, debate sobre la totalidad de iniciativas de leyes).

5. Esto es, “un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional” que atiende más a aspectos estructurales que coyunturales (reiterada por las STC 197/1996, FJ 5, y 16/1997, FJ 2), que no puede llegar a vaciar de contenido la competencia ejecutiva autonómica y, por otro lado, reafirmando la noción material de lo básico. Es oportuno recordar que la noción de bases o de normas básicas “ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente” (STC 197/1996, FJ 5), y la transversalidad en varios sectores de la materia que determina el reparto competencial. El carácter complejo y polifacético que

tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico (STC 64/1982) y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con un carácter metafóricamente “transversal”.

6. Modificada por la Ley 3/2001, de 13 de julio. La Ley 3/1998 es desarrollada por el Decreto 136/1999, de 18 de mayo, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la ley, y todo un conjunto normativo para hacer eficaz el nuevo sistema de intervención instaurado.

7. Es innegable que las comunidades autónomas cuentan con capacidad para legislar hasta donde sus estatutos de autonomía las facultan (STC 90/2000, FJ 3).

8. Así lo dispone la STC 13/1998, FJ 2: “[...] el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los estatutos de autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo bien en el puramente aplicativo, se ha dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias en las materias afectadas; en el mismo sentido, STC 236/1991, FJ 9, STC 252/1988, FJ 2; 76/1991, 115/1991, 236/1991, 79/1992, 117/1992, 80/1993; y que se apoya en la noción material de bases: “[...] la ejecución del Derecho comunitario corresponde 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 FJ 9 y 79/1992 FJ 1, 13/1998 FJ 2).”

Una vez más, la Directiva IPPC constituye un ejemplo de la complejidad en la incorporación de las normas comunitarias por la distribución territorial y competencial derivado del bloque de la constitucionalidad. La problemática jurídica que surge en estos casos es la no-correspondencia o la divergencia entre la posterior ley básica estatal y la previa norma autonómica; en la ley catalana en concreto, se presentó respecto de los efectos del silencio administrativo, pero en términos generales la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración catalana, se adecua a la ley básica estatal.

La finalidad⁹ y el ámbito de aplicación¹⁰ de la ley catalana son más amplios que los que se derivan de la Directiva IPPC, aprovechando la oportunidad para dictar una norma que sustituye al RAMINP (disposición adicional 6.ª) que proporciona seguridad jurídica por las dudas sobre la vigencia de esta norma preconstitucional. La ley recoge los más modernos principios del Derecho ambiental (artículo 2) y procedimentales, facilitando a los ciudadanos los trámites con la Administración, instaurando la “ventanilla única”, potenciando la intervención de los ayuntamientos o favoreciendo la intervención mínima en la actividad de los particulares que fomenta al mismo tiempo la adopción de instrumentos voluntarios de gestión medioambiental. Así,

9. La finalidad es el establecimiento de un sistema de prevención en torno al sistema de policía administrativa modernizando el existente y delimitando las competencias autonómicas en torno a los principios de la Administración integral, como se les ha llamado en este ámbito territorial; creando órganos *ex profeso* que concentran competencias y coordinan las de otros entes, como la *Oficina de Gestión Ambiental Unificada (OGAU)*, para concentrar todos los trámites e informes que son necesarios en la autorización de una actividad de las que recoge en los anexos y que es la que efectúa todo el procedimiento, o la *Ponencia Ambiental (PA)*, en la que se evalúa la solicitud y se garantiza el enfoque integral. Estas nuevas autoridades muestran la asunción por la normativa española de las nuevas orientaciones del Derecho cuando se plantea como objeto de protección al medio ambiente, que por otro lado no constituyen una auténtica novedad en el Derecho español, pues existen ya diversas instituciones e instrumentos que directa o indirectamente protegen la salud de las personas por las afecciones causadas en su entorno, pero que ahora se renuevan provocando matices en éstas, producto de los avances científicos y la incertidumbre que les acompaña, y que se traducen en el surgimiento de órganos administrativos con funciones específicamente ambientales, conocidas como *administraciones ambientales*, o en las modulaciones de las actuales instituciones jurídicas. Siguiendo la Directiva IPPC el concepto a partir del cual se exige autorización administrativa es el de *actividad susceptible de afectar al medio ambiente, la seguridad o la salud de las personas*, sea pública o privada.

10. El concepto de *actividad* es más amplio que el de instalación de la directiva (la categoría de actividad comprende la explotación de una industria o establecimiento), se diferencia entre las condiciones generales de funcionamiento de las actividades y las obligaciones generales de las personas titulares de las actividades, correspondiéndose las primeras con los principios del artículo 3 de la directiva y las obligaciones generales se refieren al diseño de la instalación que deberá ser realizado conforme a la legislación vigente. El sistema de autorización bajo el principio de prevención se desarrolla en torno a tres categorías: 1. *La autorización ambiental*, que se exige a las actividades potencialmente más peligrosas que se pretendan implantar en el ámbito de la Comunidad, o *modificar*, de tal for-

entre los principios más destacados están la *simplificación administrativa* y la *coordinación entre las autoridades*, establecida de forma clara en la ley y su reglamento de desarrollo, aunque a través de un procedimiento complejo, en donde el principio de cooperación es fundamental. Esta es la primera experiencia de incorporación y desarrollo de la Directiva IPPC, pues no puede afirmarse que existiera previamente un enfoque integrado tal y como viene concebido en la directiva.¹¹

Casi simultáneamente a la promulgación de la ley catalana, la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección ambiental del País Vasco, introduce expresamente el principio de control integral de la contaminación en el artículo 39 con dos finalidades: coordinar los procedimientos administrativos y las condiciones de las licencias o autorizaciones e impulsar la refundición de las autorizaciones y los procedimientos de la legislación sectorial ambiental de competencia autonómica, estableciendo los principios de articulación de competencias y creando la Comisión Ambiental del País Vasco como órgano de relación, participación y coordinación.¹²

Entre las normas autonómicas posteriores a la Ley 16/2002, la Comunidad Autónoma de Madrid aprobó la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación de impacto

ma que se integren en una única autorización todos los requerimientos ambientales, articulando las competencias autonómicas de *incendios, accidentes, declaración de impacto ambiental más las propias del ayuntamiento*. 2. *Licencia ambiental*, que tiene por objetivo *prevenir y reducir las emisiones* y justificar el *cumplimiento de la normativa sectorial*, para aquellas actividades listadas en el anexo II con menor incidencia que las que requieren de autorización, en la que el órgano ambiental emite un informe preceptivo respecto de las emisiones e incorpora las medidas de prevención de incendios y protección de la salud, incluyendo la salud animal. El órgano ambiental tramita y resuelve la concesión de la autorización de vertido y solicita los informes preceptivos del Estado (la competencia de la Confederación Hidrográfica de autorización de vertidos a las aguas intracomunitarias está delegada en esta comunidad), y 3. *Comunicación ambiental* para las actividades de menor incidencia y que constituyen la mayoría en el territorio de la comunidad catalana. El reglamento recoge una clasificación de las actividades que se rigen bajo este régimen, en *industriales, ganaderas, de almacenaje, comerciales y de hostelería, talleres y establecimientos públicos y de espectáculos*.

11. Existen normas autonómicas de protección del medio ambiente, de carácter general, en las que se pueden encontrar antecedentes de un enfoque integrado, pero que no responden a las exigencias de la Directiva IPPC; así, la Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia, requiere de autorización a los proyectos, obras y actividades susceptibles de afectar el medio ambiente, establece tres procedimientos según el grado de protección; la Ley 1/1995, de 3 de abril, de protección del medio ambiente de Murcia, sitúa en el centro de la actividad administrativa de protección del medio ambiente a la autorización administrativa.

12. Esta ley persigue el objetivo final de *articular las competencias* de todos los órganos autonómicos intervinientes y de establecer los principios generales de relaciones de y con los otros entes territoriales; así, reconoce la necesidad de regular la intervención administrativa respecto a las actividades con incidencia en el medio ambiente y el establecimiento de un marco normativo que se revela forzosamente complejo por el sistema constitucional autonómico.

ambiental,¹³ que recoge la exigencia de coordinación entre este instrumento de evaluación de las incidencias de una actividad, un proyecto, un plan o un programa con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, con un ámbito de aplicación más amplio.¹⁴ La disposición adicional 3.^a prevé la inclusión de los procedimientos ambientales regulados por esta ley en el procedimiento de autorización ambiental integrada.

Otra norma la constituye la Ley 5/2002, de 18 de octubre, de protección ambiental de La Rioja, que prevé que la declaración de impacto ambiental se incluya entre el contenido de la autorización ambiental integrada (artículo 23.1); esta ley sólo prevé mínimos y deja su desarrollo al reglamento.¹⁵ El resto de las comunidades autónomas no ha dictado aún normas al respecto, aun cuando se trabaja en el cumplimiento de las obligaciones que les exige la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, como el suministro de información a la Administración central para la elaboración del Inventario Estatal de Emisiones y su comunicación a la Comisión Europea. Estos hechos suscitan cuestionamientos jurídicos sobre el efectivo cumplimiento de la transposición del Derecho comunitario, si no ha sido desarrollado y por ende aplicado en todo el territorio español, y por otro, de la eficacia del nuevo sistema de intervención administrativa.

4. Las modificaciones introducidas por la Ley 16/2002 en la normativa sectorial

La Ley 16/2002 instaura un nuevo procedimiento de intervención administrativa de una actividad potencialmente más contaminante, mediante la prevención y el control de *todas* las emisiones (vertidos a las aguas continentales, litorales, emisiones a la atmósfera, residuos)

que pueda producir una instalación, para lo cual modifica diversas leyes sectoriales,¹⁶ y prevé la inclusión, en su caso, de las medidas relativas a la prevención de incendios y de accidentes graves, que corresponde desarrollar a las comunidades autónomas. La ley crea la categoría de *autorización ambiental integrada*, que según el artículo 3.a):

“Es la resolución del órgano competente de la comunidad autónoma en la que se ubique la actividad, por la que se permite explotar la totalidad o parte de una instalación, bajo determinadas condiciones destinadas a garantizar que la misma cumple el objeto y las disposiciones de esta ley. Tal autorización podrá ser válida para una o más instalaciones o partes de instalaciones que tengan la misma ubicación y sean explotadas por el mismo titular.”

La exigencia de *integración* de las diversas resoluciones administrativas ambientales en un solo permiso llevó a la sustitución de las diversas autorizaciones sectoriales que otorgaban otras administraciones distintas de la autonómica por *informes vinculantes*, como es el caso de la autorización de vertidos a las aguas continentales de las cuencas intercomunitarias, de competencia de las confederaciones hidrográficas, y a la exigencia de coordinación con los otros instrumentos de intervención en materia ambiental. La preocupación por la preservación de la competencia estatal influye no sólo en el establecimiento de un procedimiento complejo, sino de un sistema de impugnación también complicado; el establecimiento de plazos muy largos para la emisión de informes, la inclusión del contenido del informe vinculante de la Confederación Hidrográfica entre las condiciones de la autorización ambiental integrada, tal y como se emitió (artículo 19) se resuelve a través de la impugnación en diversos momentos procedimentales de los actos de trámite a través del recurso de reposición y diferenciando los efectos respecto de los que

13. Que deroga la Ley 10/1991, de 4 de abril, para la protección del medio ambiente, y la Ley 3/1988, de 13 de octubre, para la gestión del medio ambiente en la Comunidad de Madrid, entre otras (disposición derogatoria única); deja sin aplicación el RAMINP dentro del territorio de la comunidad y por otro lado incorpora lo dispuesto en las directivas 97/11/CE, de 3 de marzo, del Consejo, que perfecciona la técnica preventiva de la evaluación de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de determinados planes y programas sobre el medio ambiente, conocida como Evaluación Ambiental Estratégica.

14. Recoge tres categorías de evaluación: *análisis ambiental de planes y programas* (artículo 12) que termina con el *Informe de análisis ambiental* (artículo 20), existiendo un procedimiento especial para la *evaluación ambiental del planeamiento urbanístico* (artículo 21); *evaluación de impacto ambiental* (artículo 22) para proyectos y actividades, que termina con la *declaración de impacto ambiental* (artículo 34), en los que el órgano competente es el ambiental de la comunidad, y la *evaluación ambiental de actividades* (artículo 41), que termina con el Informe de evaluación ambiental de actividades (artículo 47).

15. Regula tres procedimientos distintos: evaluación de impacto ambiental, autorización ambiental integrada y licencia ambiental.

16. A través de la Ley 16/2002 se derogan y modifican diversas leyes sectoriales como la Ley 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas; la Ley 29/1988, de costas; la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, y la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del medio ambiente atmosférico, pero sin llegar a derogar expresamente el RAMINP, perdiéndose la oportunidad una vez más, quizá porque se mantiene vigente en algunas comunidades autónomas y se mantendrá hasta en tanto no modifiquen su normativa para adaptarla a los requerimientos de la Ley 16/2002; derogando las diversas autorizaciones sectoriales de ámbito autonómico y coordinando este procedimiento con la utilización del DPMT o con otros procedimientos como el de régimen sancionador de las sustancias que agotan la capa de ozono, o el de riesgos de accidentes graves. Así, también incorpora requerimientos de varias directivas adelantándose al plazo para su transposición, como la Directiva 1999/13/CE, del Consejo, de 11 de marzo, relativa a la contaminación producida por los compuestos orgánicos volátiles, la Directiva 2001/81/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos (Directiva NEC) o el Reglamento 2037/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono.

ponen fin a la vía administrativa o al procedimiento, según sea el caso, con la interposición del recurso a que haya lugar, por lo que las diversas autoridades intervinientes en el procedimiento deberán asentar sus relaciones administrativas sobre el principio de cooperación, que se recoge expresamente en el artículo 6 de la Ley 16/2002.

La categoría de autorización ambiental integrada sustituye a todas las autorizaciones ambientales reguladas en la legislación sectorial, de tal manera que la transposición de la Directiva IPPC implica la *técnica de concentración de licencias*¹⁷ y el procedimiento por el cual se otorga se considera principal respecto a otros que evalúan también las incidencias ambientales previendo su integración en éste, concretamente la declaración de impacto ambiental, que según la STC 13/1998 constituye un acto de trámite respecto del procedimiento autorizatorio sustantivo.¹⁸

En cambio, tratándose de la licencia de actividades clasificadas, se dice expresamente que *a efectos ambientales* el contenido de la autorización ambiental integrada sustituye al procedimiento para el otorgamiento de la licencia municipal de actividades clasificadas (artículo 29), que se encuentra regulado en el RAMINP, salvo en lo referente a la resolución definitiva de la autoridad municipal. Aquí es donde surgen problemas interpretativos y de coordinación, que serán analizados más adelante.

La ley atribuye a la autorización ambiental integrada una doble finalidad (artículo 11):

1. Establecer las *condiciones de funcionamiento de la instalación*, a través de la coordinación de las distintas administraciones para agilizar los trámites y reducir las cargas administrativas a los particulares.

2. Un sistema de prevención que *integre en un solo acto de intervención administrativa* todas las autorizaciones ambientales existentes en materia de residuos, de vertidos a las aguas continentales de cuencas intracomunitarias, vertidos desde tierra al mar y las determinaciones respecto a la contaminación atmosférica.

Se instaura un *procedimiento complejo* a través de los *informes preceptivos y/o vinculantes* como técnica principal de articulación de las competencias de las diversas administraciones, con plazos determinados y cortos, modulando el ejercicio de la competencia estatal y el ejercicio de las competencias del ayuntamiento.

El *principio de cooperación interadministrativa*¹⁹ (artículo 6) es uno de los pilares de esta ley, sin el cual no cumplirá su objetivo, por lo cual lleva a las administraciones ambientales a poner efectivamente en práctica los principios que sustentan el Estado autonómico tal y como se concibe en la CE y en la LRJPAC, en cuanto esta ley es de contenido procedimental.

La novedad más importante introducida por la ley 16/2002 es la *determinación de los valores límite de emisión sobre la base de las mejores tecnologías disponibles*²⁰ (artículo 7), que se exigía ya en las diversas leyes sectoriales, pero que ahora se deberán vincular necesariamente los VLE a las tecnologías limpias o medioambientales²¹ con el objetivo de reducir el impacto negati-

17. Según la terminología utilizada en el Derecho español se trata más bien de autorizaciones, ya que la categoría de *licencia* es utilizada para referirse a las que otorga la Administración municipal. *Vid.*, en este sentido, JIMÉNEZ BLANCO, A., "Régimen general de las licencias", en *Tratado de Derecho Municipal I*, Civitas, Madrid, 1996; MEILÁN GIL, J. L., "Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión", en RAP 71, mayo-agosto, 1973, p. 1185; MARTÍN MATEO, "Silencio positivo y actividad autorizante", en RAP 48, septiembre-diciembre, 1965, p. 209-211; RETORTILLO BAQUER, S. M. "Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias", en RAP 24, septiembre-diciembre, 1957 (pp. 117-157), p. 150.

18. La STS de 17 de noviembre de 1998 (Aranzadi 10522) atribuye a la EIA la naturaleza jurídica de un *acto de trámite* en la que un órgano ambiental efectúa un juicio técnico y jurídico sobre la conveniencia de realizar el proyecto remitiendo la decisión a la Administración sustantiva encargada de *autorizar*: "[...] la DIA no se configura propiamente como un acto autorizatorio más, que en concurrencia con otro u otros haya de obtenerse para que el proyecto pueda ser llevado a cabo; éste, en lo que ahora importa, queda sujeto a un único acto autorizatorio [...] y que el contenido de la DIA no constituye, por tanto, la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse." En el mismo sentido, la STC 13/1998, FJ 5, que resuelve el conflicto positivo de inconstitucionalidad contra el Real decreto 1131/1988, que desarrolla el Real decreto legislativo 1301/1986, de EIA, dispone que "no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, en el cual, sin embargo, no queda necesariamente determinado -ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el contenido de las condiciones de protección medioambiental- por la conclusión o juicio que en

aquella se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva [...]"

19. El principio de cooperación se concretiza en la concurrencia de varios procedimientos administrativos o autorizaciones, en los que las diversas administraciones deben *ponderar la totalidad de los intereses implicados* [artículo 4.1.b) de la LRJPAC] conforme al principio de *lealtad institucional*, utilizando diversos mecanismos como los informes, los procedimientos conjuntos o la creación de órganos colegiados. MENÉNDEZ REXACH, "La cooperación, ¿un concepto jurídico?", DA núm. 240, octubre-diciembre, 1994, p. 41; LÜBBE-WOLFF, G. "El principio de cooperación en el Derecho medioambiental. ¿Principio jurídico o encubrimiento del déficit de ejecución?", DA núm. 235-236, *El derecho administrativo en Alemania: Tendencias actuales (III)*, julio-diciembre, 1993, pp. 403-428; HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. "Coordinación, colaboración y cooperación. El desarrollo del principio de cooperación." *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1999, pp. 568-569.

20. Por mejor tecnología disponible se entiende, según el artículo 3.ñ): "La fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límite de emisión destinados a evitar o, cuando ello no sea posible reducir en general las emisiones y el impacto en el conjunto del medio ambiente y de la salud de las personas."

21. El concepto de tecnología medioambiental incluye las técnicas que evitan que se generen contaminantes en los procesos de producción y la emisión de contaminantes al final de tales procesos, nuevos materiales, conocimientos medioambientales y nuevos métodos de trabajo. *Vid.* COM (2000) 122 final, sobre el *Informe de la Comisión de 13 de marzo de 2002, "La tecnología medioambiental en pro del desarrollo sostenible"*, no publicado en el DO.

vo sobre el medio ambiente en conjunto, que deberá tener en cuenta la autoridad competente en la determinación de las condiciones en que se otorga la autorización ambiental integrada.

Para la determinación de las MTD se tendrán en cuenta los *costes y ventajas* que pueden derivarse de una acción y los *principios de precaución y de prevención*, y en particular (anexo 4):

1. Uso de técnicas que produzcan menos residuos.
2. Uso de sustancias menos peligrosas, desarrollo de las técnicas de recuperación y reciclado de sustancias generadas y utilizadas en el proceso, y de los residuos cuando proceda.
3. Procesos, instalaciones o método de funcionamiento comparables que hayan dado pruebas positivas a escala industrial.
4. Avances técnicos y evolución de los conocimientos científicos.
5. Carácter, efectos y volumen de las emisiones que se traten.
6. Fechas de entrada en funcionamiento de las instalaciones existentes.
7. Plazo que requiere la instauración de una mejor técnica disponible.
8. Consumo y naturaleza de las materias primas (incluida el agua) utilizadas en procedimientos de eficacia energética.
9. Necesidad de prevenir o reducir al mínimo el impacto global de las emisiones y de los riesgos en el medio ambiente.
10. Necesidad de prevenir cualquier riesgo de accidente o de reducir sus consecuencias para el medio ambiente.
11. Información publicada por la Comisión, en virtud del apartado 2 del artículo 16 de la Directiva 96/61/CE, o por organizaciones internacionales.

La Ley 16/2002 recoge esta exigencia en el artículo 22, que establece que la autoridad autonómica deberá fijar los VLE sobre la base de las MTD, teniendo en cuenta: la

información suministrada por la Administración estatal sobre las MTD, sin prescribir la utilización de una técnica o tecnología específica, las *características técnicas* de las instalaciones, su implantación geográfica y las condiciones locales del medio ambiente, la naturaleza de las emisiones y su potencial traslado de un medio a otro, los planes nacionales aprobados, la incidencia de las emisiones en la salud humana y en las condiciones generales de la sanidad animal, y los *VLE* en vigor. En el contenido de la autorización deberá incorporarse esta *cláusula técnica*²² de acuerdo con el artículo 22.1.a), constituyendo un principio informador de la autorización ambiental integrada [artículo 4.1.a)], configurándose como una cláusula modal dentro del contenido de la autorización²³ y otorgando discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica (discrecionalidad de elección o de actuación).²⁴

Por otro lado, también se incorpora la *dimensión territorial* en el otorgamiento de la autorización ambiental integrada, de tal forma que se valoren las incidencias de la instalación en conjunto, a través del informe urbanístico [artículo 12.1.b)] que se adjunta a la solicitud, teniendo en consideración los diversos usos del suelo y su posterior *estado satisfactorio*, y en la que los ayuntamientos cobran protagonismo, debiendo articular su competencia urbanística (artículo 15) con la ambiental de la comunidad autónoma como regla general en el inicio del procedimiento y sin perjuicio del posterior informe que debe emitir derivado de otras competencias (artículo 18).

No sólo se articula sobre *principios preventivos* que priman sobre los correctivos, sino que también da importancia a los *principios de transparencia y participación* como una de las exigencias del Derecho comunitario en general, que cobra actualidad con el derecho de acceso a la información (artículo 8), en varios momentos procesales.²⁵ Resulta importante el deber de información que se establece entre las diversas administraciones, por el cual se logrará la eficacia del nuevo

22. Ante los constantes avances científicos y tecnológicos ganan protagonismo las *normas técnicas* y, con ellas, la actividad de los científicos y expertos, que se encargan de la elaboración de estas normas, y en último término corresponde a la Administración la validación o ejecución de éstas, reservándose aún la decisión última sobre las normas que tenderán a aplicarse. Pero también trae consigo una enorme discrecionalidad técnica para la Administración, porque fruto también de la incertidumbre científica se elaboran las normas con una laxitud que permita ser concretizada en cada caso y en cada situación con los avances de ese momento. Estos cambios han sido puestos de manifiesto por Esteve Pardo (*Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Madrid, 1999) que muestra las innovaciones jurídicas que se están produciendo en la moderna *sociedad de riesgo*, como el traslado de funciones públicas hacia entidades privadas o las relativas a la responsabilidad por los efectos ambientales de estas actividades ante un panorama de incertidumbre científica, problemas de delimitación o de aplicación de las normas jurídicas que hacen referencia a la adaptación constante al progreso tecnológico; que lleva a admitir la *auctoritas* de la ciencia, y por tanto de los expertos, en la

conformación de las decisiones jurídicas, caracterizadas por el escaso control democrático en la formulación de estas reglas técnicas, superándose la autoridad de las normas en detrimento del principio de *seguridad jurídica* y de *legalidad* que caracteriza al *Estado de derecho* (PÉREZ LUÑO, A. E. *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 78-84).

23. Para VELASCO CABALLERO, F., *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 124-128, el modo cumple la función de instrumento de adaptación al caso concreto, corrigiendo el contenido del acto principal, eliminando, previniendo o aminorando los perjuicios de una actividad condicionándola al cumplimiento de determinadas exigencias de oportunidad.

24. GALLEGO ANABITARTE, A.; MENÉNDEZ REXACH, A. *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, 2001, p. 101.

25. *Vid.* sobre la información como actuación administrativa y sus límites, VELASCO CABALLERO, F., *La información administrativa al público*, Montecorvo, Madrid, 1998; SÁNCHEZ MORÓN, M., "El derecho a la información en materia de medio ambiente", en RAP 173, 1995, p. 31.

sistema de intervención conjunto, y el cumplimiento de las obligaciones comunitarias del Estado español.

Se establece un *régimen singular de impugnación* de la resolución final por la que se otorgue o deniegue la autorización ambiental integrada (artículo 24), pero principalmente en lo que atañe a los *informes vinculantes*, que como actos de trámite se rigen por lo dispuesto en la LRJPAC y las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, pudiéndose impugnar directamente en vía judicial o administrativa, independientemente de la resolución que ponga fin al procedimiento cuando impidiese el otorgamiento de la autorización, pero que si es favorable imponiendo condiciones con las cuales no esté de acuerdo el solicitante, la impugnación se realiza contra la resolución final, con la finalidad de salvaguardar la competencia estatal respecto al informe que deba emitir el organismo de cuenca de los vertidos a las cuencas intercomunitarias (artículo 19).

5. Ámbito de aplicación: instalaciones sometidas a autorización ambiental integrada

Se exigirá la autorización ambiental integrada para *la construcción, el montaje, la explotación, el traslado o la modificación sustancial* de las instalaciones del anexo 1, estableciendo unos criterios para calificar una modificación como sustancial que resultan muy ambiguos, otorgando un amplio margen de discrecionalidad a la Administración en su determinación (artículo 10.2); si bien las comunidades autónomas pueden incluir más categorías de actividades en desarrollo de los principios sentados por esta ley básica, como lo ha hecho la Generalitat de Cataluña.

Destaca en primer término que el concepto del que se parte y que constituye el ámbito de aplicación de la ley es el de *instalaciones* (artículo 2) –que se corresponde íntegramente con el de la directiva (artículo 2.3), que es más restringido que el de *actividad* de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Cataluña–, configurado como un concepto fundamentalmente técnico y de ámbito de aplicación más reducido que el de la evaluación de impacto ambiental (actividades, proyectos, planes y programas). No es relevante que la instalación sea de titularidad pública o privada, exigiéndose la autorización, si es que se trata de alguna de las instalaciones del anexo 1. La instalación constituye el soporte físico o delimita el espacio material en el que se ejercerán las *actividades industriales*, exigiéndose la autorización ambiental inte-

grada para *la construcción, el montaje, la explotación o el traslado*, o las *modificaciones sustanciales* de las instalaciones (artículo 9).

Por cuanto hace a las instalaciones²⁶ sometidas a este nuevo régimen de intervención administrativa, en el anexo 1 se establecen las instalaciones que están sometidas a este nuevo sistema,²⁷ atendiendo a determinados umbrales y a través del sistema de lista:

1. Instalaciones de combustión.
2. Producción y transformación de metales.
3. Industrias minerales.
4. Industrias químicas.
5. Gestión de residuos.
6. Industria del papel y el cartón.
7. Industria textil.
8. Industria del cuero.
9. Industrias agroalimentarias y explotaciones ganaderas.
10. Consumo de disolventes orgánicos.
11. Industria del carbono.

Se exceptúan de solicitar la autorización ambiental integrada las instalaciones o partes de las mismas utilizadas para la investigación, el desarrollo y la experimentación de nuevos productos o procesos, para favorecer el avance científico y tecnológico, de conformidad con la Reunión de Lisboa de convertir a Europa en una economía competitiva y del conocimiento, respetuosa al mismo tiempo con el medio ambiente.

El ámbito de aplicación de la ley lo constituyen las *grandes instalaciones industriales* o partes de éstas; más restringido que el de la evaluación de impacto ambiental, que se caracteriza por su exhaustividad y por exigirse a actividades, planes, programas y proyectos (con las modificaciones introducidas por la nueva Directiva sobre evaluación de impacto ambiental, que se abordará en el capítulo 6); del análisis comparativo de los anexos de ambas leyes se deduce que la Ley 16/2002 recoge pocas de las actividades sometidas al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, que, según dispone la Directiva IPPC, son las más contaminantes; destaca, sin embargo, que las *instalaciones nucleares* no se encuentren sometidas a este nuevo sistema y sí a evaluación de impacto ambiental, pues la ley sólo se refiere a la producción de energía eléctrica en régimen ordinario o especial, en las que se produzca la combustión de combustibles fósiles, residuos o biomasa, dentro de la categoría de *instalaciones de combustión*, que se explica, por otro lado, atendiendo a que la Directiva IPPC está

26. Al constituir el objeto del sistema de autorización se hace indispensable conocer qué se entiende por instalación a efectos de esta ley, siendo: cualquier unidad técnica fija en donde se desarrolle una o más de las categorías de las actividades industriales enumeradas en el anexo 1 de la presente ley, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquellas que guarden relación de índole técnica con las actividades

llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación.

27. El anexo 1 de la Directiva 96/61/CE recoge seis categorías de actividades: instalaciones de combustión, producción y transformación de metales, industrias minerales, industria química, gestión de residuos y otras actividades.

dirigida a regular (prevenir o reducir) las emisiones y no se encuentra comprendida dentro del anexo 1 de ésta, por lo que aun cuando haya sido objeto de crítica durante la tramitación parlamentaria, el Gobierno no se encontraba obligado a incluirla, rigiéndose, por tanto, por su normativa específica.

No se encuentra la referencia a la suma de los valores umbrales establecidos para cada categoría en el caso de que el titular realice varias actividades de la misma categoría en la misma instalación o emplazamiento como dispone la directiva en el punto 2 del anexo 1, que probablemente será desarrollado reglamentariamente.

La ley prevé la posibilidad de que el Gobierno pueda establecer un régimen específico de intervención administrativa para otras actividades distintas del anexo 1 similar al regulado por la Ley 16/2002, concretamente para someterlas a notificación y registro en la comunidad autónoma competente, sin perjuicio de las competencias de esta última de dictar normas adicionales de protección, extendiéndose el régimen sancionador previsto en esta ley, pero sin exigirle la autorización ambiental integrada (disposición final 5.^a). Esta previsión encuentra explicación en la coordinación con la legislación autonómica existente que ya somete a diversos controles ambientales como la evaluación de impacto ambiental o instrumentos legales similares a todas las actividades e instalaciones a través del sistema de lista, y que será concretado con el desarrollo reglamentario (disposición final 7.^a). La modificación de los anexos no puede ser ampliatoria para incluir más categorías sometidas a la obtención de la autorización ambiental integrada por la vía del reglamento, que pudiera dar lugar al quebrantamiento del principio de reserva de ley, ni siquiera para la adaptación a la normativa comunitaria, cuestión que se prevé en la legislación sobre EIA, en que el Gobierno está imposibilitado para ampliar los anexos por vía reglamentaria.²⁸

6. Coordinación con la licencia municipal de actividades clasificadas

Una vez conocidas las modificaciones más destacadas que se producen con la aprobación de la Ley 16/2002 y los posibles entrecruzamientos a que puede dar lugar entre los diversos instrumentos de evaluación ambien-

tal, se puede entrar en el análisis de la coordinación con la licencia de actividades clasificadas regulada en el RAMINP (y en las normas autonómicas en aquellas comunidades autónomas que han aprobado legislación al respecto).

La autorización de una actividad o instalación constituye la tradicional *actividad de policía* regulada en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, norma preconstitucional de dudosa vigencia, pero que, sin embargo, se seguía y se sigue aplicando en aquellas comunidades autónomas que no disponen de normativa sobre actividades clasificadas, que residencia la competencia autorizatoria en la Administración local, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 25 de la LBRL; si bien, coordinándose en el establecimiento de las medidas correctoras para evitar los efectos negativos sobre el medio ambiente con los órganos autonómicos encargados de establecer las condiciones a efectos ambientales. La calificación de una actividad o instalación como *molesta, insalubre, nociva y peligrosa* comprendía todas las actividades, entre ellas las industriales.²⁹ La posterior aprobación de normas autonómicas³⁰ adecuó el sistema de intervención a la nueva realidad de la función de policía administrativa con los cambios producidos por la aprobación de la Constitución española de 1978 y la intervención autonómica, y se distingue en algunas de ellas entre la *licencia de apertura y funcionamiento* y la *licencia de actividad*, pero en todo caso la competencia final de autorizar o denegar la solicitud de licencia es municipal y potestad del alcalde.

Como se ha expuesto, el ejercicio de una actividad requiere de varias licencias municipales y autorizaciones sectoriales. Los criterios por los cuales se desarrolla el procedimiento para la obtención de las licencias municipales se encuentra regulado con carácter general en el artículo 9 del RSCL. Y el RAMINP recoge el procedimiento para la obtención de la licencia de apertura y funcionamiento de una *actividad clasificada*, siendo el siguiente:

1. El trámite se inicia con la presentación de la *solicitud* y documentos exigidos por la ley dirigida al alcalde del ayuntamiento donde pretende instalarse la actividad,³¹ en que de acuerdo con la legalidad y con la docu-

28. ROSA MORENO, J. "El ámbito de aplicación: Los proyectos de obras, instalaciones y actividades sometidos a evaluación de impacto ambiental", en QUINTANA LÓPEZ, T., *Comentarios a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, Civitas, Madrid, 2002, p. 133.

29. Así, el artículo 1 dispone que el objeto del reglamento es: evitar que las instalaciones, los establecimientos, las actividades, las industrias o los almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se les aplica indistintamente en el mismo la denominación de "actividades", produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas pública o privada e impliquen riesgos graves para las personas o los bienes.

30. Ley 3/1989, de 2 de mayo, de la Comunidad Valenciana, de actividades clasificadas; Ley foral 16/1989, de 5 de diciembre, de Navarra, de control de actividades clasificadas para la protección del medio ambiente; Decreto 18/1996, de Baleares, de 8 de febrero, mediante el cual se aprueba el Reglamento de actividades, o más recientemente la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección del medio ambiente del País Vasco, o la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración de Cataluña.

31. La legislación autonómica prevé la *consulta previa de los interesados al ayuntamiento* sobre diversos puntos de la solicitud: emplazamiento, requisitos, límites de la actividad, para formarse una idea de las condiciones en que se le otorgaría la licencia y ahorrarse gastos si es notoria la denegación.

mentación presentada puede denegar o iniciar del periodo de instrucción.

2. A la solicitud se acompaña por triplicado el *proyecto técnico y una memoria descriptiva* en la que se detallan las características de la actividad, su posible incidencia en la sanidad ambiental y las medidas correctoras propuestas. La legislación autonómica detalla más el contenido de estos documentos.

3. Trámite de *calificación* de la actividad por los órganos autonómicos correspondientes, con la aceptación o denegación de las medidas correctoras propuestas.

4. Concesión de la licencia de actividad o apertura y funcionamiento, según la denominación particular de cada comunidad autónoma, supeditada al cumplimiento de las condiciones en que se otorga.

5. Visita de inspección a fin de comprobar la adecuación de la actividad e instalación a las condiciones en que fue concedida la licencia a efectos de expedir el *acta de comprobación* sin la cual no puede iniciarse la actividad (artículo 34 del RAMINP).

6. *Inspecciones periódicas* para supervisar el funcionamiento de la instalación.

Tratándose de la clásica *licencia municipal de apertura y funcionamiento o de actividad* (se ha planteado la duda en la doctrina que el RAMINP regule dos licencias distintas, tratándose más bien de un procedimiento bifásico),³² en el RSCL se hace una distinción entre la *licencia de obras* y la *licencia de apertura*,³³ dentro de la categoría de las licencias urbanísticas, ya que exige la adecuación a los planes de ordenación urbana. En el artículo 22 del RSCL se regula la licencia de apertura de establecimientos industriales y mercantiles, que se corresponde con la exigida por el RAMINP en el artículo 29, en la que la intervención municipal tenderá a verificar si los locales y las instalaciones reúnen las condiciones de *tranquilidad, seguridad y salubridad*, y las que, en su caso, estuvieren dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados.

32. DOMPER FERRANDO, J. *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*. Vol. II, *La normativa del Estado y de las comunidades autónomas*, Civitas, Madrid, 1992, p. 485, prefiere hablar de un *procedimiento bifásico* que distingue dos fases en la licencia de instalación, apertura y funcionamiento de las actividades clasificadas: "[...] La inicial, denominada de 'instalación', que autoriza a hacer las instalaciones, y la segunda, de 'apertura o funcionamiento', que autoriza la puesta en marcha definitiva de la actividad", y que encuentra cobijo en el artículo 31 al referirse a la *solicitud de establecimiento* de una nueva actividad o *modificación* de alguna existente, constituyendo la primera fase, y en el artículo 34 la segunda: "Obtenida la *licencia de instalación* de una actividad calificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no podrá comenzar a ejercerse sin que antes se gire la oportuna *visita de comprobación* por el funcionario técnico competente, no sólo por la actividad de que se trate sino también por la naturaleza del daño que pueda causarse."

33. La licencia de obras es posterior a la de apertura y funcionamiento (artículo 22.3 del RSCL), aunque generalmente se tramitan simultáneamente en un mismo procedimiento dando lugar a una única resolución, pero no cabe duda de que se trata de dos licencias diferenciadas como lo sostiene reiteradamente la jurisprudencia (STS de 26 de octubre de 2000, Aranzadi

Esta licencia coexiste con otras licencias municipales urbanísticas, ya que algunas comunidades autónomas incluyen dentro de la categoría de licencias urbanísticas las de actividad, de apertura y funcionamiento, de primera ocupación, de obras, ampliando o disminuyendo las categorías, según se trate de la comunidad autónoma.

En el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, que desarrolla la Ley de protección del ambiente atmosférico, se distingue entre dos tipos de licencias y las regula en dos capítulos distintos: el primero se refiere a *la autorización de instalación, ampliación, modificación o traslado*, y el segundo se refiere a *la autorización de puesta en marcha y funcionamiento*. En primer lugar hay que dejar sentado que se refiere exclusivamente a aquellas actividades *potencialmente contaminadoras de la atmósfera*, y por lo general, actividades industriales o *fabriles* como lo regula el RAMINP aun cuando pueden existir actividades denominadas artesanales que puedan producir humos o emisiones contaminantes.

El carácter y la naturaleza de la licencia de apertura y funcionamiento de establecimientos o actividades potencialmente nocivas o peligrosas, a diferencia de las que suponen un control de un acto u operación determinada, tienen por objeto el control de una actividad llamada a prolongarse indefinidamente en el tiempo, denominándose por ello doctrinalmente *licencias de funcionamiento*, lo que acarrea como consecuencia que la autorización y sus condiciones prolonguen su vigencia tanto como dure la actividad autorizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del RSCL, haciendo surgir una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado con el fin de proteger el interés público en todo caso frente a las vicisitudes y circunstancias que puedan surgir a lo largo del tiempo de funcionamiento de la actividad autorizada (STS de 9 de junio de 1998, Aranzadi 5025), es decir, en principio no existe un plazo de caducidad de las licencias.³⁴

9026) siendo independientes entre sí (STS de 22 de febrero de 2000, Aranzadi 1894), que permite la denegación posterior de una actividad aun después de haber sido calificada y autorizada, por razones urbanísticas, a cargo del propio ayuntamiento (STS de 26 de junio de 2000, Aranzadi 6398; de 28 de septiembre de 1998, Aranzadi 6949, y de 15 de abril de 1991, Aranzadi 3507), interviniendo otros entes cuando se trata de la licencia de apertura (autonómicos), y que refleja un doble propósito en la distinción, ya que por un lado se contrasta la actividad con los intereses públicos y al mismo tiempo se le evitan al interesado gastos innecesarios al proyectar una construcción que puede no ser autorizada posteriormente por otras razones como la existencia de la misma actividad o similares o por razones ambientales (STS de 19 de abril de 1999, Aranzadi 3076).

34. Domper Ferrando destaca el control preventivo que ejerce la licencia de apertura estableciendo las "condiciones necesarias y suficientes para que la actividad alcance cierto grado de inocuidad, que también identifica con la licencia de actividad clasificada; la distinción para este autor radica entre las licencias urbanísticas (uso del suelo, como la de obras o construcción) y de apertura y funcionamiento (DOMPER FERRANDO, *El medio ambiente y la intervención administrativa...*, op. cit., p. 165).

Y finalmente, bajo el nombre genérico de *licencia de actividad* se entienden aquellas licencias que tienen por objeto autorizar la instalación de una industria clasificada respetando las normas técnicas y las diversas medidas que por razones ambientales se impongan; así, comprende la licencia de instalación y la licencia de primera ocupación o licencia de apertura (STS de 26 de marzo de 1999, Aranzadi 2642) de las diversas leyes autonómicas y respetando el planeamiento urbanístico.³⁵

Aunque se conserva la distinción en algunas leyes autonómicas entre licencia de actividad y licencia de apertura.³⁶ En aquellas comunidades autónomas que cuentan con normativa específica en materia de actividades clasificadas se mantenía la independencia de las licencias de actividad de las urbanísticas (artículo 3 de la Ley 3/1989, de actividades clasificadas de la Comunidad Valenciana, artículo 3.5 de la Ley 16/1989, Ley foral de actividades clasificadas de Navarra), no pudiendo entenderse concedidas por la solicitud de una de éstas,³⁷ pero ahora la tendencia en las más recientes se orienta hacia la unidad procedimental y de acto resolutorio (artículo 8 del Decreto 18/1996, Reglamento de actividades clasificadas de Baleares); en cualquier caso el respeto a la legalidad urbanística o la compatibilidad con el planeamiento urbanístico siempre se ha exigido y es reiterado por la jurisprudencia.

La licencia de actividad como técnica preventiva cumple tres funciones, a saber: por un lado actúa como control de la legalidad urbanística en razón de los usos del suelo

(artículos 178 y 242 del TRLS),³⁸ y por otro lado, como control de los aspectos técnicos de la actividad sujeta a autorización y de la incidencia en el medio de ésta;³⁹ en este sentido la otorga las siguientes funciones al procedimiento de concesión de licencias del RAMINP:

1. Control preventivo de la legalidad, en los aspectos urbanísticos y técnicos.

2. Control del uso del suelo (licencias urbanísticas).

3. Adecuación a la legislación sectorial de protección del medio ambiente y la calidad de vida (licencias de actividades clasificadas).

Sobre este esquema legislativo, no del todo esclarecedor, el concepto de *actividad clasificada* es el que determina el sometimiento a un procedimiento específico de autorización *para evitar efectos sobre la salud de las personas y el medio ambiente* y corregir los que se puedan producir,⁴⁰ a través de un sistema de *lista* orientativo y de carácter abierto.

Al procedimiento para la obtención de la licencia municipal hay que añadir el que se sigue para la evaluación de impacto ambiental de un proyecto o actividad, de competencia autonómica; así, en algunas comunidades autónomas este trámite se coordina con el procedimiento de *calificación ambiental* o se sustituye éste por el de evaluación de impacto ambiental (EIA) que termina con la declaración de impacto ambiental (DIA). La mayoría de las comunidades autónomas cuentan con normativa específica en esta materia. Dado la naturaleza de *acto de trámite*⁴¹ que la jurisprudencia otorga a la EIA,

35. La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección ambiental del País Vasco, la define en el artículo 56 como *la licencia municipal que faculta para la implantación de una actividad clasificada*, así como para su ampliación o reforma.

36. Como en la Ley foral 16/1989, de 5 de diciembre, de actividades clasificadas de Navarra: "Artículo 3.1. La persona física o jurídica que pretenda la instalación o ampliación de una actividad clasificada deberá solicitar ante el ayuntamiento, en cuyo ámbito pretenda ubicar dicha actividad, la autorización previa correspondiente, que se denominará *licencia de actividad*", y más adelante: "10. Con carácter previo al inicio de una actividad clasificada, deberá obtenerse del alcalde la autorización de puesta en marcha correspondiente, que se denominará *licencia de apertura*." La Ley 5/1999 de Aragón clasifica en licencias urbanísticas, clasificadas, de apertura, de ocupación y de instalación, definiéndolas por exclusión (artículo 166). Esta ley dispone que la licencia de apertura no requiere de licencia de actividad clasificada y la de ocupación se refiere a la primera utilización, edificación y modificación, y finalmente la de instalación para referirse a la instalación o traslado de las industrias que puede estar subsumida en las anteriores, pudiendo ser concedidas todas por una *única resolución*: "171.1 Los supuestos que requieran de licencia de actividad clasificada o de apertura y, además, de la licencia urbanística, serán objeto de una sola resolución, sin perjuicio de la formación y tramite simultáneo de piezas separadas para cada intervención administrativa."

37. STS de 18 de marzo de 1999 (Aranzadi 2444), cuando para la realización de una actividad "se necesita la concurrencia de permisos y autorizaciones de varias entidades u organismos administrativos, cada uno con privativas y específicas competencias en razón de las finalidades de interés público que respectivamente tutelan, y tales permisos se tramitan y conceden con independencia, es necesario que todos ellos concurren para que la actividad pueda desarrollarse legalmente, siendo obligación de cada entidad u órgano velar por el cumplimiento de la exigencia que a él atañe".

38. En este sentido, existe jurisprudencia consolidada sobre este aspecto, así las STS de 14 de junio de 1994 (Aranzadi 4628), de 9 de marzo de 1987 (Aranzadi 3518), y de 21 de diciembre de 1984 (Aranzadi 6722).

39. STS de 25 de septiembre de 2000 (Aranzadi 7306).

40. Si bien alude a la prevención, la idea que inspira el RAMINP es la de la corrección de los daños que conlleve la actividad, además de que gira en torno a la protección de la salubridad, más que del medio ambiente; si bien es cierto que la interpretación jurisprudencial posterior le ha atribuido esta función también.

41. La STS de 17 de noviembre de 1998 (Aranzadi 10522) la configura como un *acto de trámite* en la que un órgano ambiental efectúa un juicio técnico y jurídico sobre la conveniencia de realizar el proyecto remitiendo la decisión a la Administración sustantiva encargada de *autorizar*, de lo que deriva que: "[...] la DIA no se configura propiamente como un acto autorizatorio más, que en concurrencia con otro u otros haya de obtenerse para que el proyecto pueda ser llevado a cabo; este, en lo que ahora importa, queda sujeto a un único acto autorizatorio [...] y que el contenido de la DIA no constituye, por tanto, la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse." En el mismo sentido, la STC 13/1998, FJ 5, que resuelve el conflicto positivo de inconstitucionalidad contra el Real decreto 1131/1988, que desarrolla el Real decreto legislativo 1301/1986, de EIA, que dispone que "no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, en el cual sin embargo no queda necesariamente determinado —ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el contenido de las condiciones de protección medioambiental— por la conclusión o juicio que en aquélla se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptualizarla como una resolución definitiva [...]"

se entiende mejor su incardinación en el procedimiento principal de autorización de una actividad potencialmente contaminante.

Actualmente la tipología de la calificación ambiental –que derive en el establecimiento de condiciones de protección ambiental y la introducción de medidas correctoras– gira en torno a tres procedimientos con mayor o menor control o de determinación de condiciones más rigurosas, atribuidos a diversas administraciones, atendiendo a la incidencia de la actividad:⁴²

1. Autorización ambiental integrada, para las instalaciones industriales potencialmente más contaminantes, que concentra las anteriores autorizaciones sectoriales.

2. Evaluación de impacto ambiental para aquellas actividades con potencialidad contaminadora, que corresponde emitir generalmente al órgano ambiental de la comunidad autónoma, con diversa denominación en las comunidades autónomas, exigiéndose mayores o menores requisitos atendiendo a la magnitud del proyecto y a un sistema de lista que deriva en una tramitación procedimental ordinaria o abreviada.

3. Calificación ambiental de la actividad, que deriva en las condiciones y medidas correctoras que por motivos ambientales se insertan dentro del contenido de la licencia de actividad.

Entre los cuales es difícil evitar muchas veces la duplicidad de actuaciones por diversos órganos o por diversas administraciones. Las normas autonómicas más recientes se esfuerzan por distinguir entre estas figuras, que aunque con diversa denominación es común en ellas, residenciar la potestad final resolutoria entre las diversas administraciones atendiendo a su potencial incidencia en el medio ambiente. La conclusión es la misma en todas las comunidades autónomas: no se puede autorizar la instalación, la apertura y el funcionamiento de una actividad si no se ha realizado el trámite de calificación ambiental, aunque sí se prevé la autorización provisional en algunas.

Por otro lado, la potestad autorizatoria de las actividades clasificadas es de competencia municipal, pero no sólo en la resolución final (autorización o denegación que realiza el alcalde) sino de *desarrollo procedimental*, con intervención del órgano ambiental autonómico. La

modificación que se opera a raíz de la Ley 16/2002 es que el procedimiento lo desahoga el órgano autonómico, y sólo la resolución final es de competencia local. Surge la pregunta: ¿se respeta la autonomía institucional de los entes locales?

Entrando en el análisis de la coordinación prevista por la Ley 16/2002, surgen las siguientes cuestiones: en primer lugar, el ámbito de aplicación de la autorización ambiental integrada es más reducido que el del RAMINP, es decir, de aquellas actividades a las que se les exige licencia de actividades clasificadas, lo que constituiría un argumento a favor de la atracción del órgano ambiental autonómico del desarrollo procedimental. Se entiende que para las demás actividades seguiría vigente el régimen establecido en el RAMINP, o más bien, es decisión autonómica en el momento de desarrollar y complementar el “mínimo común normativo” establecido por la ley básica, que es el respeto a que la decisión final resolutoria la realice el ente local. Sin embargo, hay que realizar varios matices. La legislación vigente sobre actividades clasificadas se estructura sobre la base de un sistema de lista, que se verá afectado por el anexo 1 de la Ley 16/2002.

El artículo 28 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados, de la contaminación prevé dos supuestos:

1. La sustitución del procedimiento de otorgamiento de la licencia de actividades clasificadas del RAMINP por el que se otorga la autorización ambiental integrada, para aquellas comunidades autónomas en las que se aplique éste.

2. La vigencia de las particularidades de aquellas comunidades autónomas que cuenten con legislación sobre actividades clasificadas, que cuentan con un régimen específico para su ámbito territorial.⁴³

El anteproyecto de la ley se refería a la sustitución de la calificación ambiental únicamente, que era más respetuoso con las competencias municipales y, quizá, más fácil de articular por cuanto es una función que ya venían desarrollando los órganos ambientales autonómicos. Ahora, el desarrollo procedimental de una solicitud de instalación potencialmente más contaminante es competencia autonómica, a efectos ambientales (que es el

42. Exigiéndose como mínimo, en cualquiera de ellos: una certificación del técnico director de las instalaciones, con visado del colegio profesional correspondiente, acreditativa de la conformidad de éstas con la licencia municipal de instalación, así como la eficacia de las medidas correctoras; la acreditación de las autorizaciones, licencias o concesiones que, si fuera el caso, la normativa sectorial atribuya a otras administraciones públicas, como requisito previo para el otorgamiento de la licencia municipal de apertura y funcionamiento, y una memoria explicativa de la actividad.

43. *Vid.* en este sentido la disposición adicional 1.^a de la Ley 5/1993, de 21 de octubre, de actividades clasificadas de Castilla y León, que dispone: “La Junta de Castilla y León podrá declarar, mediante decreto, exentas de informe de la Comisión de Actividades Clasificadas, a proyectos que deban ser sometidos a evaluación de impacto ambiental. En ellas, las licencias de acti-

vidad incluirán, como medidas correctoras, los condicionamientos ambientales contenidos en la previa declaración de impacto. Asimismo, procederá, en todo caso, a la denegación de las licencias correspondientes cuando la declaración de impacto sea negativa”, que puesto en correlación con el RAMINP, en el artículo 16 dispone: “Aquellos proyectos que deban ser sometidos, de conformidad con la legislación sectorial aplicable, a evaluación de impacto ambiental no serán informados por la Comisión de Actividades Clasificadas; siendo competente el alcalde para la concesión de la licencia de actividad, con la introducción preceptiva de los condicionamientos ambientales contenidos en la previa declaración”, que constituye un ejemplo de la coordinación entre instrumentos para evitar duplicidad en las actuaciones.

contenido de la autorización ambiental integrada), pero, sin olvidar que la licencia de actividades clasificadas cumplía también este propósito, la sustitución es más fácil de entender en aquellas comunidades autónomas que distinguen entre licencia de actividad clasificada y licencia de apertura y funcionamiento, pero no en el régimen del RAMINP que las identifica (capítulo 1, título II), aplicable a todas las actividades sin carácter limitativo (artículo 2).

En el primer supuesto, las actividades del anexo 1 de la Ley 16/2002 entran en las categorías reguladas por el RAMINP, por tanto, existiría, en teoría, una duplicación autorizatoria, ya que ambos tienen entre sus objetivos establecer las condiciones de funcionamiento en que se autorizaría el ejercicio de una actividad y la imposición de medidas correctoras, *a los solos efectos ambientales*, que con las modificaciones introducidas por la Ley 16/2002 se realizan por dos autoridades (administraciones) diferentes y que serviría entonces a la simplificación procedimental; por un lado, el procedimiento regulado en el RAMINP es municipal, desde la presentación de la solicitud, la tramitación y la resolución final que corresponde al alcalde, según el artículo 21.1.II y 84.1.b) de la LBRL. En cambio, el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada no se refiere únicamente a la calificación de la actividad, sino a su *autorización*, que plantea la duda: ¿se condiciona o vincula la potestad autorizatoria municipal a la decisión autonómica, convirtiéndose en una facultad meramente ejecutoria?

A la Administración local, como autoridad más cercana al ciudadano, se le ha reservado el control último de las actividades que se desarrollan dentro de su perímetro territorial, a través de la función de policía, y, más concretamente, a través del otorgamiento de las licencias, dentro del marco del planeamiento urbanístico, que encuentra fundamento en el artículo 84.1.b) de la LBRL, que dispone que las corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través del sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. El RSCL establece como forma típica de intervención *el sometimiento a previa licencia*⁴⁴ [artículo 5.b)], restringiendo el derecho preexistente de los particulares al ejercicio de una actividad⁴⁵ a través de limita-

ciones que permitan su adecuación al interés general y que representa la intervención y el control directo de la actividad económica⁴⁶ por motivos de protección de la salud y por razones urbanísticas, y no precisamente por razones económicas ya que no entran en el ámbito de sus competencias, entendidas como limitaciones a la actividad económica de los particulares, en las que existe una reserva de ley y entran en juego otros principios constitucionales. Las limitaciones a que aquí se hace referencia deben ser entendidas en sentido estricto, en tanto condiciones legales para el ejercicio de la actividad. La intervención de los entes locales se rige por los principios de igualdad, concordancia con la finalidad, proporcionalidad y *favor libertatis* (artículos 2-4 del RSCL).

Durante el desarrollo procedimental de otorgamiento de la autorización ambiental integrada se prevé la participación de los municipales (ayuntamientos) con la emisión de dos informes, uno que se adjunta a la solicitud sobre la adecuación al planeamiento urbanístico (artículo 15) y otro que solicita el órgano autonómico sobre las competencias municipales (artículo 18); este último no es vinculante.

El artículo 15 pretende preservar la competencia urbanística del ayuntamiento, y evitar el inicio de un procedimiento que otorgue la autorización ambiental integrada, pero que venga denegada su instalación por motivos urbanísticos (competencia local), como ha sucedido en muchas ocasiones, lo que no obsta a que se dé el caso posteriormente. El artículo 12.1.b) exige entre los requisitos de la solicitud el *informe del ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación, acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico*, para lo cual el interesado deberá solicitarlo con anterioridad al ayuntamiento, que deberá emitirlo en el plazo máximo de treinta días, pero que puede suplirse con la copia de la solicitud si no ha sido emitido en el plazo.

En el caso de que este informe fuese negativo, con independencia del momento en que se haya emitido, pero que se haya recibido en la comunidad autónoma con anterioridad al otorgamiento de la autorización ambiental integrada, se dictará resolución motivada que ponga fin al procedimiento y dará lugar al archivo de las

44. JIMÉNEZ BLANCO, A. "Régimen general de las licencias", en *Tratado de Derecho municipal I*, Civitas, Madrid, 1996, p. 1185; MARTÍN MATEO. "Silencio positivo y actividad autorizante", en RAP 48, septiembre-diciembre, 1965, pp. 209-211; RETORTILLO BAQUER, S. M. "Acción administrativa sanitaria: La autorización para la apertura de farmacias", en RAP 24, septiembre-diciembre, 1957 (pp. 117-157), p. 150.

45. El concepto ha oscilado entre considerarlo como levantamiento de una *prohibición preexistente* (Otto Mayer) y entre la postura italiana que entendía que existía un derecho subjetivo al ejercicio de una determinada actividad donde la autorización se limitaba a remover este obstáculo que lo impedía (Ranelletti), que refuerza la posición del particular como consecuencia de este derecho subjetivo, así se hablaba de un derecho a la obtención de la

autorización donde la Administración juega un papel pasivo limitado a la comprobación de los requisitos legales para su otorgamiento. La diferenciación en nuestros días sólo es de perspectiva y carece de sentido, ya que las autorizaciones ambientales o sectoriales son declarativas de un derecho y su no lesividad a los intereses públicos pero al mismo tiempo revelando una función reestructuradora y conformadora del derecho del particular. *Vid.* al respecto, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho administrativo*, vol. II, Colección CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, p. 266.

46. LASAGABASTER HERRARTE, I.; GARCÍA URETA, A. "Intervención de los poderes públicos en materia ambiental: principios generales", en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Derecho ambiental*, Oñati, 2001, p. 75.

actuaciones; es decir, es vinculante, en caso de ser negativo, cuestión lógica porque vendrá denegado por motivos urbanísticos, y se anticipa a este hecho; en cualquier caso se trata de una comprobación inicial pero que deja a salvo las competencias municipales.

Tratándose del informe del ayuntamiento en aspectos ambientales de su competencia ya no resulta tan claro este respeto, viéndose más bien reducida su competencia. El artículo 18 prevé que:

“El ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación, una vez recibida la documentación a la que se refiere el artículo anterior emitirá, en el plazo de treinta días, desde la recepción del expediente, un informe sobre la adecuación de la instalación analizada a todos aquellos aspectos que sean de su competencia. De no emitirse el informe en el plazo señalado se proseguirán las actuaciones. No obstante, el informe emitido fuera de plazo pero recibido antes de dictar resolución deberá ser valorado por el órgano competente de la comunidad autónoma.”

Este artículo, tal como está redactado, da lugar a tres hechos importantes:

Primero. No establece los efectos de este informe, por lo que se entiende que no es vinculante, sino más bien preceptivo; además, no es obstativo para la continuación del procedimiento. Por motivos de celeridad procedimental se pueden vulnerar las competencias municipales,⁴⁷ que, por otro lado, son importantes, no sólo por el hecho de que así lo establece la legislación vigente, sino porque como autoridad más cercana al ciudadano conoce de los problemas ambientales que más inciden en éstos, y que responden al buen funcionamiento de la actividad industrial y de la ciudad urbana en general y a la preservación del entorno ambiental, y de aquellas que por sus características se ubiquen fuera de los núcleos de población, de conformidad con el planeamiento municipal y la ordenación del territorio.⁴⁸ La LBRL distingue tres tipos de competencias de los entes locales: las propias, las delegadas y las complementarias. Es competencia propia de las entidades locales según el artículo 25: *la protección del medio ambiente (f) y la protección de la salubridad pública (h)*. Según el artículo 27 los municipios podrán ejercer por delegación de otras administraciones públicas competencias que *afecten a sus intereses propios*, estableciendo límites y formas de tutela en la delegación. Y por lo que hace a las competencias complementarias el artículo 28

de la LBRL dispone que los municipios podrán llevar a cabo actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas, y en particular las relativas a la protección del medio ambiente; sin olvidar lo dispuesto en la disposición transitoria 2.ª, segundo párrafo, de la LBRL:

“Los municipios ostentarán, además, en las materias a que se refiere el artículo 28 de esta ley, cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras administraciones públicas.”

Pero, además, ostenta competencia en aspectos concretos eminentemente ambientales como pueden ser el suministro de agua y alumbrado público, servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales [artículo 25.2.l)], y tratándose de municipios con población superior a 5.000 habitantes, constituye una prestación de servicios obligatoria el tratamiento de residuos, en los que se prevé que se preste por sí solos o asociados. Esta fórmula de consorcios o de gestión mancomunada de los municipios, la encomienda de gestión a otras administraciones, e incluso la delegación, entre otras, son respetuosas con las competencias locales, pero a las cuales no se alude en la Ley 16/2002, salvo que se considere en el desarrollo reglamentario posterior. El argumento de que se trata de las grandes instalaciones potencialmente más contaminantes, lo que justifica el ejercicio de la competencia o la atracción autonómica, no es tan defendible ya.

Sin embargo, este hecho no constituye un motivo para rasgarse las vestiduras si tenemos en cuenta que en la legislación autonómica se vuelve cada vez más común; véase como ejemplo el sector de *saneamiento y depuración de las aguas residuales*, que bajo el concepto de “interés general de la comunidad” se atraen las competencias a la comunidad autónoma.

Segundo. El informe del ayuntamiento a que se refiere el artículo 18 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, se solicita por el órgano autonómico, y el ayuntamiento cuenta con un plazo de treinta días para emitirlo, para lo cual deberá enviarle el expediente. No se prevé su carácter vinculante ni obstativo a la continuación del procedimiento, por lo que se pueden proseguir las actuaciones, sin ningún efecto jurídico; la competencia ambiental municipal también se ve reducida con la emi-

47. SOSA WAGNER, F. *Manual de Derecho local*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 61; ALONSO GARCÍA, M.ª C. *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 123; Parejo Alfonso distingue únicamente entre *competencias propias, delegadas y la encomienda de gestión*. Vid. PAREJO ALFONSO, L., “El municipio y su autonomía”, en REAL 288, enero-abril, 2002, pp. 133-150.

48. La intervención que se otorga a las entidades locales en materia de medio ambiente puede ser de tres tipos según dispone el artículo 84 de la Ley

7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), y 5 del Reglamento del servicio de las corporaciones locales (RSCL): 1. Informes preceptivos en el trámite de autorizaciones de instalación, ampliación o traslado que corresponda otorgar a otras administraciones con carácter previo al otorgamiento de la licencia municipal (de conformidad con la normativa sectorial). 2. La potestad reglamentaria a través de ordenanzas ambientales. 3. La facultad del alcalde de otorgar la licencia municipal de instalación, apertura y funcionamiento.

sión de este informe, porque, como se ha expuesto, no se trata de cuestiones sin importancia aquellas de las que conoce el ayuntamiento.

Tercero. En caso de emitirse el informe ambiental ex-temporáneamente, pero antes de dictar resolución, se prevé que el órgano ambiental autonómico *deba valorarlo*. Aun cuando parece una obligación por la forma imperativa en que ha sido redactado, no significa que no sea discrecional la valoración, es decir, que siendo negativo implique la denegación de la licencia por este hecho, sino que es la Administración ambiental autonómica la que decide sus efectos; a diferencia del urbanístico que pone fin al procedimiento, éste no lo implica. Las consecuencias jurídicas se ven reducidas, pero no sirve el argumento de *grandes instalaciones potencialmente más contaminantes*, pues estamos en presencia de cuestiones competenciales.

Finalmente, atendiendo tanto a las notas características de las licencias municipales como a su carácter reglado, la inspección y vigilancia posterior a cargo de los ayuntamientos o los efectos de la revocación de la licencia de actividades clasificadas, será necesario esclarecer los efectos que produce la modificación posterior de autorización ambiental integrada sobre la licencia de actividades clasificadas, así como su coordinación.

Hay que tener en cuenta que estos son los principios o los mínimos sobre los que se dictará la legislación autonómica, a la que corresponderá decidir el margen de actuación de la Administración local dentro del procedimiento de autorización ambiental integrada, y la sustitución del RAMINP dentro de su ámbito territorial, como temas más relevantes, y en los que la diversidad tendrá lugar, atendiendo a las circunstancias locales y regionales, si bien es cierto que la legislación autonómica que recoge ya modificaciones a raíz de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, es respetuosa en su mayoría con las competencias locales.

7. El régimen jurídico establecido por la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración catalana

La experiencia que existe es la de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración catalana, que parte de la constatación

de que el RAMINP no responde a las actuales necesidades de intervención administrativa, por lo que se deja sin aplicación en el ámbito de la comunidad (disposición adicional 6.^a), agrupando las actividades que constituyen su objeto de aplicación en actividades de incidencia ambiental alta y actividades de incidencia moderada; y por otro lado estableciendo un nuevo sistema de intervención (autorización ambiental integrada, licencia ambiental y comunicación ambiental) y de *clasificación de actividades* (artículo 74 del reglamento) dentro de las cuales a las que tengan menor incidencia sobre el medio ambiente se les aplica el régimen de *comunicación y control ambiental* (anexo III) de competencia municipal, que son:

1. Actividades industriales.
2. Ganaderas.
3. De almacenaje, comerciales y de hostelería.
4. Talleres.
5. Establecimientos públicos y de espectáculos.

Las competencias que ejercía la Comisión Central de Industrias y Actividades Clasificadas⁴⁹ pasan a la Ponencia Ambiental (disposición adicional 4.^a), creándose *ex profeso* en el ámbito local;⁵⁰ y por otro lado, garantizando la participación del ayuntamiento a lo largo de todo el procedimiento, sea de autorización, licencia o comunicación, en los cuales juega un marcado protagonismo, haciendo efectivo el principio de proximidad a los ciudadanos, sin dar lugar a dudas sobre el respeto a las competencias del ayuntamiento tanto ambientales como urbanísticas o de otra índole y evitando las superposición de actuaciones.

La participación procedimental que el legislador autonómico quiso dar a los entes locales (no sólo los ayuntamientos, porque atribuye competencias ambientales a las comarcas) llevó a la instauración de un procedimiento muy complejo, pero con el que se pretende su eficacia con el establecimiento expreso de las obligaciones de cada autoridad interviniente y de los plazos de forma muy clara y con los efectos jurídicos a que da lugar cada actuación. No obstante, fue objeto de críticas durante la tramitación parlamentaria porque se consideraba que se vulneraba el principio de autonomía local. Con la entrada en vigor de la Ley 16/2002 no es el caso; en su momento se consideró una *legítima opción política* el atribuir ciertas funciones a las oficinas de gestión ambiental unificada (OGAU)⁵¹ y a las ponencias ambien-

49. Creadas por el Decreto 87/1982, de 29 de marzo (DOGC 222 de 12.05.82), y derogado por la Ley 3/1998.

50. Orden de 18 de enero de 2000 de constitución de las ponencias ambientales de los entes locales (DOGC 3083 de 22.02.2000). Su composición se establece específicamente en cada caso, a propuesta del ayuntamiento, atendiendo a la tipología de actividades sobre las que recaerá la intervención de la ponencia, siendo presidida por el alcalde o concejal en quien se delegue.

51. El RLIIAC define a las OGAU como órganos del Departamento de Medio Ambiente, constituyéndose cuatro oficinas: en Barcelona, Girona, Lleida y

Tarragona, adscritas a la delegación territorial del Departamento de Medio Ambiente, y estableciendo claramente su dependencia orgánica (artículo 19.2). La función primordial de estas es la *ordenación e instrucción del procedimiento* de otorgamiento de la autorización ambiental, de control y de revisión, y las derivadas de éstas como el análisis de la suficiencia e *idoneidad* del proyecto y la evaluación de la incidencia ambiental de la actividad, pero se le encomiendan también las *informativas* (a través de las unidades de información territoriales adscritas a ésta según el artículo 17.1 del RLIIAC), de *asesoramiento técnico* a todos los agentes implicados y *tributarias* res-

tales⁵² (órganos ambientales autonómicos), de ciertas actividades (las del anexo 1 de la Directiva IPPC) con la participación del ayuntamiento.

Los *ayuntamientos* realizan una función esencial en la protección del medio ambiente según se configura en la nueva normativa, funciones diversas según se trate de una actividad sometida a autorización o a licencia; funciones muchas veces que requieren de especialización técnica, por lo que está previsto que puedan consorciarse o que sea la *comarca* la que realice estas tareas para un grupo de ayuntamientos.⁵³ Así, pueden elegir entre aplicar el régimen previsto en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de *comunicación ambiental* o sustituirlo por la exigencia de *licencia de apertura* para determinadas actividades del anexo III (artículo 41.3 de la ley). La Consejería de Medio Ambiente realizó una importante labor de consulta y colaboración con los diversos ayuntamientos para poner en marcha el nuevo sistema. A la fecha de 2001 alrededor de cuatrocientos municipios contaban con ordenanzas al respecto.

En la misma línea del RAMINP, conservan la potestad de autorizar las actividades de menor incidencia ambiental, la emisión de los informes que en razón de sus competencias deben efectuar y de control e inspección de las actividades de los anexos II y III, que en el caso de no contar con los medios técnicos suficientes se pueden realizar por la comarca [disposición adicional 6.a) del RLIIAC]. También ostenta potestades sancionadoras (artículo 96.3 del RLIIAC), con algunas funciones concretas tratándose de los parques eólicos que requieran de licencia ambiental [disposición adicional 6.a) del RLIIAC].

Específicamente es la autoridad que desempeña la función de *ventanilla única* para el ciudadano, pues el ayuntamiento es el encargado de la recepción de las solicitudes de autorización o licencias ambientales y de enviarlas a las OGAU en el plazo de cinco días. Una vez comprobado que se acompaña de todos los documen-

tos exigidos lo comunica a ésta para que se pronuncie sobre la suficiencia e idoneidad del proyecto en cuanto a sus competencias, y someta posteriormente la solicitud al trámite de información vecinal y de notificación de la propuesta de resolución que le remita la OGAU.

Cuando se trata de una actividad que requiera de licencia ambiental las funciones del ayuntamiento consisten en recibir la solicitud y evaluar la idoneidad del proyecto en el ámbito de sus competencias, y, después de que la OGAU haya recabado los informes de todos los demás órganos competentes, elaborar la propuesta de resolución incorporando todos los informes preceptivos, notificándola a los interesados para que realicen alegaciones, tras las cuales *resuelve* otorgar la licencia ambiental. Antes del inicio de la actividad el ayuntamiento facilitará una visita de comprobación a efecto de verificar que se cumplen las condiciones impuestas (artículos 40-48 del RLIIAC).

Otra de las potestades del ayuntamiento se encuentran en el procedimiento de revisión tanto de oficio como anticipada de la autorización ambiental; el ayuntamiento tiene una participación importantísima en el procedimiento, ya no sólo emitiendo informes sino actuando como parte de éste, ya que cuando la OGAU inicia el procedimiento de revisión, solicita al ayuntamiento para que realice las observaciones pertinentes y le notifica todos los trámites que tienen lugar hasta la propuesta de resolución, que en el caso de la licencia ambiental es éste quien la realiza (artículo 68 del RLIIAC).

Sin embargo, la intervención administrativa más importante del ayuntamiento tiene lugar cuando se trata del régimen de *comunicación ambiental*, ya que de éste depende totalmente la tramitación o el mantenimiento del actual régimen de la licencia de apertura y funcionamiento, para las actividades listadas en el anexo III de la ley (las de menor incidencia ambiental),⁵⁴ así como el de autorizar a las entidades colaboradoras para el control

pecto al cobro de tasas. La efectiva aplicación de la ley depende de estas oficinas ya que serán las que concentren toda la información relativa a las actividades industriales desde su inicio como en los posteriores controles para los cuales se prevé un censo y la inscripción en un registro ambiental.

52. La *Ponencia Ambiental* es un órgano colegiado que *garantizará el enfoque integrado* y el cumplimiento de los condicionamientos impuestos; depende administrativamente del Departamento de Medio Ambiente y es asistida por *unidades técnicas* de las OGAU (artículo 21 del RLIIAC). Si las OGAU son órganos de coordinación y resolución, las funciones propiamente ambientales las realiza la Ponencia Ambiental. Su actuación es posterior a la de las OGAU pues son las que realizan la propuesta motivada de resolución y de las posteriores revisiones y las funciones de evaluación ambiental que derivarán en la DIA para aquellas actividades que lo requieran, que también emite [artículo 22.1.a) del RLIIAC].

53. Las comarcas están previstas en los *artículos* 3.1.b) y 42 de la LBRL como la agrupación de varios municipios para la *gestión de intereses comunes precisados de una gestión propia* o para la prestación de servicios, que se crearán conforme a esta ley y a los estatutos de autonomía, figura que ha sido más desarrollada en la Generalitat de Cataluña por tradición histórica y que conforme a la Ley de 4 de abril de 1987 ha aprobado su organización

comarcal constituyéndose cuarenta y una comarcas con competencias en materia de medio ambiente, ordenación del territorio, urbanismo o salubridad pública, entre otras, por lo que no es de extrañar que se haya recurrido a esta forma de organización territorial por la Ley 3/1998. Para Sosa Wagner, la creación de entes territoriales diferentes de los municipios responde a "la imposibilidad para muchos municipios de prestar adecuadamente los servicios propios de su competencia o la necesidad de prestarlos en espacios más extensos que los que proporcionan los a menudo angostos del término municipal, [que] obliga a buscar fórmulas de cooperación que permitan superar estas dificultades" (*Manual de Derecho local*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 125 y ss).

54. Deberá evaluar dos aspectos importantes de acuerdo al artículo 73.1 del RLIIAC:

a) Que las instalaciones y la actividad se ajustan al proyecto o, en su caso, a la memoria técnica presentada.

b) Que se han efectuado las mediciones, los análisis y las comprobaciones necesarios para verificar el cumplimiento de los niveles de emisión y demás normas y prescripciones técnicas de obligado cumplimiento, y es necesario especificar los resultados obtenidos, tanto en materia de medio ambiente como de prevención de incendios y protección de la salud.

de las actividades del anexo II.2 o en su defecto sean realizados por aquellas autorizadas por la comunidad autónoma (artículo 88.3 del RLIIAC).

En esta línea el Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat ha dictado la Resolución de 28 de noviembre de 2000, por la que se aprueba la *ordenanza municipal tipo* reguladora de la intervención administrativa de las actividades en el marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental y disposiciones que la desarrollan. La ordenanza tipo sirve de modelo para aquellos municipios que cuenten con la infraestructura necesaria para efectuar por sí solos estos trámites, sin necesidad de recurrir a la comarca, que regula la intervención municipal en el régimen de autorización administrativa (artículos 6 a 9), en el de la revisión anticipada, que puede ser solicitada especificando las modificaciones que sería necesario introducir, formulando alegaciones y realizando el trámite de información vecinal de la revisión (artículo 68 del Decreto 136/1999).

8. El sistema de articulación previsto por la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación de impacto ambiental de la Comunidad de Madrid

Por otro lado, la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación de impacto ambiental de la Comunidad de Madrid, también deja sin aplicación en su ámbito territorial el RAMINP al considerar cubiertas por ésta las obligaciones ambientales que perseguía. En el título IV regula la *evaluación ambiental de actividades* que deriva de la anterior calificación ambiental, y que presenta como novedad la atribución de competencias para tramitar y resolver el informe de evaluación ambiental de actividades al ayuntamiento, que podrá ejercerlas por sí mismo o de forma mancomunada (artículo 42), en las que la Comunidad de Madrid incentivará su creación. Las actividades y los proyectos sometidos a esta evaluación son los listados en el anexo V, agrupándose en tres categorías:

1. Proyectos agropecuarios.
2. Proyectos industriales.
3. Otros proyectos e instalaciones.

La tramitación y resolución corresponde a los municipios (artículo 43), que deberán recabar los informes ambientales preceptivos de otras administraciones públicas (artículo 43), someter la solicitud y el proyecto técnico al trámite de información pública (artículo 45), formular la propuesta de resolución, que en caso de que considere que será desfavorable lo comunica al promotor para que pueda formular alegaciones (artículo 46), y finalmente emite el informe de evaluación ambiental de actividades (artículo 47), que *“determine a efectos ambientales las condiciones con arreglo a las cuales podrá iniciarse la actividad sin perjuicio de las*

demás licencias y autorizaciones que puedan ser necesarias” (artículo 47.2). En caso de no emitirse el informe en el plazo de cinco meses, se considera negativo (artículo 47.3). La evaluación ambiental de actividades es un requisito *previo e indispensable* para la concesión de la licencia municipal relacionada con el proyecto o actividad y es *vinculante* (artículo 47.4), de conformidad con lo dispuesto por la Ley básica 16/2002.

También en esta ley se vislumbra el respeto a las competencias municipales, incluso potenciando su papel como Administración ambiental. De esta nueva técnica de intervención o condicionamiento por motivos ambientales cabe resaltar varias cuestiones. En primer lugar, las consecuencias jurídicas vinculantes derivadas de esta técnica; si tenemos en cuenta que se trata de una evaluación de la incidencia ambiental y siguiendo los criterios generales aplicables según la legislación estatal sobre EIA, que además de considerarse como un acto de trámite, es preceptivo pero no vinculante, se nota la importancia que se le da a la protección del medio ambiente cada vez mayor, que se ve reforzado aún más con su carácter previo e indispensable que le atribuye la ley; en segundo lugar, la atribución de la competencia al ayuntamiento, de la cual cabría plantearse la duda sobre su eficacia, atendiendo a sus medios técnicos y humanos.

9. El respeto de las competencias locales derivado de la autonomía municipal

9.1. La garantía institucional de la autonomía local

La STC 159/2001, FJ 4, recoge la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional hasta el momento sobre la autonomía local, y establece que constituye “un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal (STC 4/1981, FJ 3, y 32/1981, FJ 3)”, doctrina reiterada posteriormente (STC 27/1987, FJ 2; 170/1989, FJ 9, o 109/1998, FJ 2). Asimismo expone la interpretación que sobre los artículos 137, 140 y 141 de la CE se han realizado:

“[...] no prejuzga su configuración institucional concreta, que se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la CE garantiza [...]. De modo que, según hemos venido señalando entre otras en la STC 109/1998, FJ 2, ‘la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial *sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*’, de suerte que solamente podrá reputarse desconocida dicha garantía cuando la institución es limitada, de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como ins-

titución para convertirse en un simple nombre (STC 32/1981, FJ 3)."

Y en la STC 40/1998, FJ 39, se dispone que:

"[...] es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional (STC 170/1989, FJ 9), de manera que corresponde al legislador la determinación concreta del contenido de la autonomía local, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (STC 259/1988, 214/1989 y 46/1992) y *sin romper con la imagen comúnmente aceptada de la institución* que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace (STC 32/1981, FJ 3)."

Señala que no asegura un contenido completo o un ámbito competencial determinado y que no cabe hablar de intereses naturales de los entes locales (STC 32/1981), pero que, sin embargo, tradicionalmente el otorgamiento de licencias ha correspondido a los entes locales como autoridad más próxima a los ciudadanos, y para controlar, por otro lado, que los diversos usos del suelo se adecue al planeamiento urbanístico. La STC 159/2001, FJ 4, concluye que:

"[...] la autonomía local se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno."

En la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucional habilitado para regular lo que sea razonable afirmar que forme parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los artículos 137, 140 y 141 de la CE. Pero, por otro lado, no hay que olvidar que la LBRL otorga intervención a los entes locales en todos aquellos asuntos que afecten a sus respectivos intereses.

En consecuencia, "toda norma que prevea la sustitución del ente local, deberá respetar el principio esencial antes citado y que constituye el canon de constitucionalidad aplicable al efecto" (STC 159/2001, FJ 6).

La STS de 27 de enero de 1999 ejemplifica la autonomía que en materia ambiental pueden ejercer los muni-

cipios; en el caso de una empresa solicitante de la licencia de actividad clasificada (ganado porcino y vacuno en unos terrenos propiedad de la empresa) en suelo calificado como rústico, que contaba con los informes favorables de todas las otras administraciones intervinientes (informe del técnico municipal favorable, autorización de la Consejería de Política Territorial de la comunidad autónoma para la utilización del suelo, calificación de la Comisión de Actividades Clasificadas favorable imponiendo medidas correctoras), viene denegada por el alcalde basándose en el emplazamiento establecido por el RAMINP y por el peligro de contaminación de las aguas destinadas a consumo humano por los vertidos que pudiera ocasionar, y en la que el *Tribunal Supremo consideró que el ayuntamiento no puede ver reducidas sus competencias a simple ejecutor de las decisiones o informes de la Comisión*; hecho que muestra el efectivo ejercicio de las competencias municipales en materia ambiental,⁵⁵ aun cuando tratándose de licencias la jurisprudencia es casuística.

9.2. La gestión de sus propios intereses

Al hilo de la argumentación anterior, se presenta el debatido problema del respeto a la *autonomía local*; Muñoz Machado⁵⁶ considera que las corporaciones locales están potencialmente abocadas a hacerse cargo de la mayor parte de las competencias de ejecución o al menos a participar de modo principal en el ejercicio de las mismas; y en esta materia en especial tenemos claros ejemplos de esta afirmación aunque sólo para aquellos asuntos relacionados directamente con los ciudadanos y la problemática, pero no por su magnitud y potencialidad contaminante, sino más bien para resolver y administrar aquellos más cercanos a los administrados.

La LBRL reconoce la intervención administrativa de los entes locales en la actividad privada a través de las licencias, que ha sido una de sus funciones clásicas regulada en el artículo 84.1.b) de la LBRL (y 5 del RSCL), y que con la reciente modificación de esta ley por la Ley 11/1999, de 21 de abril, se introduce un nuevo apartado que pretende recoger el principio general de que las licencias otorgadas por otras administraciones no excluyen de la solicitud y obtención de las licencias municipales (que ya se encontraba en la IRAC, artículo 3.1 y 2), con la finalidad de articular las competencias de las varias administraciones intervinientes, quedando como sigue:

"Artículo 84.3 Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras administraciones públicas no eximen a sus

55. ARTIÑANO DEL RÍO, P.; MUÑOZ FERNÁNDEZ, S. "La protección municipal del medio ambiente. La licencia de actividades calificadas", en *La Ley-Actualidad*, Madrid, 1998, p. 120, consideran que si la licencia viene condicionada absolutamente por la calificación ambiental se produce una auténtica limitación de la autonomía municipal, tratándose de una compe-

tencia compartida o concurrente pero no sometida a la tutela de la autonomía.

56. MUÑOZ MACHADO, S. "La distribución de competencias entre el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales, en materia de medio ambiente", en DA, núm. 190, 1981, p. 380.

titulares de obtener las correspondientes licencias de las entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales.”

La Administración local es competente para autorizar una actividad que se encuentre dentro del nomenclátor de *molesta, insalubre, nociva o peligrosa* por ser la Administración más cercana al ciudadano, correspondiendo al alcalde su otorgamiento [artículo 21.1.q) de la LBRL] para supervisarla y retirar la licencia si no se adecua a las condiciones en que fue otorgada, ámbito en el que sigue siendo válido el procedimiento para otorgar las licencias del artículo 9 del RSCL, y por supuesto de lo establecido en el RAMINP, sin poder ser limitada esta competencia por la intervención autonómica, específicamente de calificación ambiental, aunque sí la condiciona, dado el carácter vinculante que le atribuye la legislación autonómica. En este sentido, los municipios han solicitado la revisión, adecuación y adaptación del RAMINP⁵⁷ y de la autonomía de las licencias municipales, que culminó con la adición de un nuevo párrafo al artículo 84 de la LBRL y 21.1.ll) [competencia del alcalde para otorgar las licencias, *salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Comisión de Gobierno*, actualmente inciso q)] y con un *acuerdo sobre medidas administrativas para el desarrollo del gobierno local en materias de competencia del Estado*, de 17 de julio de 1998, que en materia de medio ambiente disponía:

“1.ª. Crear una comisión de estudio con las comunidades autónomas para la revisión de las materias contenidas en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre, *en el marco de la transposición de la Directiva 96/61/CE, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación*, y/o de la Directiva 97/11/CE, por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE, relativa a la evaluación de la repercusión de determinados proyectos públicos sobre medio ambiente.”

Desde una posición contraria y favorable a la coordinación y simplificación administrativas, en la legislación local también se prevé que en el ejercicio de competencias concurrentes o compartidas se atribuya la decisión final a la Administración estatal o autonómica cuando *la naturaleza de la actividad haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias en la materia*, asegurando la participación o integración en actuaciones o procedimientos junto con la Administración del Estado y/o la comunidad autónoma (artículo 62 de la LBRL), por lo que lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 16/2002 bajo el prisma

de esta disposición no contravendría el principio de la autonomía local ni mermaría las competencias locales, toda vez que se encuentra previsto en la legislación esta situación como una de las técnicas que armonizan las relaciones interadministrativas.

Sin embargo, en este caso se sustituye el procedimiento para la autorización de una actividad clasificada por el de la autorización ambiental integrada, que se tramita y resuelve en el nivel autonómico, dejando sólo la resolución final (pero con carácter vinculante de la autorización autonómica) al ayuntamiento. La exposición de motivos establece que se garantiza suficientemente la participación del ayuntamiento en el procedimiento en dos momentos, con el informe urbanístico y con el informe sobre materias de su competencia, que son incorporados en dos momentos procedimentales:

1. En la solicitud se exige la presentación del informe del ayuntamiento de compatibilidad urbanística [artículo 12.1.b)].

2. Durante la tramitación de la autorización se exige un informe del ayuntamiento sobre la adecuación de la instalación analizada a todos aquellos aspectos que sean de su competencia (artículo 18).

Así, también entre el contenido de la solicitud se contempla que se presente entre la documentación requerida para la obtención de la correspondiente licencia municipal de actividades clasificadas regulada en el RAMINP o en las disposiciones autonómicas que resulten de aplicación [artículo 12.1.a)], salvo que en estas últimas se disponga lo contrario (artículo 29.2); y, por otro lado, se deja al legislador autonómico la designación del órgano ante el cual se debe presentar la solicitud (artículo 13).

Tradicionalmente, la presentación de la solicitud, la tramitación, la resolución, el control y la inspección de la licencia de actividad han sido de ámbito local en las que el alcalde juega un gran protagonismo, según el régimen del RAMINP y el artículo 9 de la IRAC, de la Ley 38/1972, de protección del ambiente atmosférico, de la LBRL, el RSCL y demás normativa municipal como pueden ser las ordenanzas que establecían un procedimiento especial de tramitación; de tal manera que la legislación en materia de intervención administrativa de los ayuntamientos atribuía al alcalde la potestad de otorgar las licencias (en sentido amplio) en caso de considerarse viable la solicitud, y en la que podía adoptar dos decisiones: denegar o informar el expediente continuando con su tramitación (artículos 30.1 del RAMINP y 4.4 del IRAC). En la fase de instrucción corresponde, generalmente, al ayuntamiento la realización de los siguientes trámites:

57. *El pacto local. Medidas para el desarrollo del gobierno local*, op. cit., p. 118.

1. Trámite de información pública.
2. Notificación a los vecinos inmediatos.
3. Solicitud de informes previos a la calificación de los diversos órganos municipales.
4. Remisión a la Comisión de Actividades Clasificadas encargada de la calificación de la actividad.

La terminación del procedimiento corresponde al alcalde con el acto administrativo otorgando o denegando la licencia, con la incorporación de los condicionamientos impuestos o la introducción de medidas correctoras derivados de la calificación de la actividad; así, también le corresponde la potestad sancionadora.⁵⁸ Con la Ley 16/2002 todos estos trámites se ven incluidos en el procedimiento para la autorización ambiental integrada que realiza el órgano ambiental autonómico, que es quien finalmente resolverá otorgarla o no, al incidir en competencias ambientales de ámbito autonómico fundamentalmente; y respecto de otras administraciones, en este caso la local, se busca la coordinación.

9.3. La capacidad técnica de la Administración como justificación para la atracción de competencias municipales

Derivado de los constantes avances sobre los conocimientos científicos y tecnológicos y la especialización que se requiere para conocerlos en cada momento, y, por otro lado, la obligación de las administraciones de prevenir y controlar la incidencia de la contaminación sobre el medio ambiente, y sobre la que no existe tampoco certidumbre, y a raíz de la Directiva IPPC, las administraciones territoriales vienen obligadas a tener en cuenta las MTD disponibles en el momento de la autorización, y sobre la que cabe la duda sobre la capacidad técnica de los municipios para realizar muchas de las funciones que legalmente tienen atribuidas como la inspección y vigilancia de las actividades clasificadas, y que justificaría la atracción de la función por los órganos ambientales autonómicos, pero que, sin embargo, debería adecuarse a las fórmulas previstas en la LBRL para *delegar o encomendar* esta función a otras administraciones, y que sería más respetuoso con las competencias municipales por encima del criterio de eficacia.

Las competencias tradicionales del RAMINP se conservan para aquellas actividades que inicialmente fueron objeto de éste, de acuerdo a la época en que fue dictado, pero como es lógico los nuevos procesos industriales difieren de la gama de actividades a las que iba dirigido, haciendo más complejo el procedimiento

de evaluación de la incidencia sobre el ambiente y superando la capacidad técnica de los servicios técnicos municipales e, incluso, no se cuentan con éstos en aquellos municipios de poca densidad poblacional.

La Generalitat de Cataluña residencia la potestad autorizatoria y de control de las actividades potencialmente más contaminantes (anexo 1 de la Directiva IPPC) en órganos autonómicos (oficinas de gestión ambiental unificada y Ponencia Ambiental).

Por otro lado, hay que tener en cuenta la influencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno que *modifica, modula o incide* en la interpretación y configuración de éste.

10. Conclusión

Tradicionalmente, la actividad de policía ha tenido como finalidad última tutelar el *bien común* o el *interés general*, interviniendo la actividad de los particulares para adecuarla al interés público prevaleciente en cada época; definiéndose el *orden público* desde una perspectiva material que engloba tres elementos: tranquilidad, seguridad y salubridad;⁵⁹ posteriormente, la complejidad de la vida hizo surgir policías especiales,⁶⁰ así la policía del agua, del transporte, de comercio, etc., y en consecuencia la división en “derechos administrativos especiales”, definiéndose negativamente esta actividad del Estado, como actividad de restricción. El concepto de orden público constituye uno de los fines del Estado y, por tanto, delimita el grado de intervención de los poderes públicos en la actividad de los particulares, ahora superado por el de “interés público” o el de “intereses generales” utilizado por el artículo 103.1 de la CE, que justifica la actividad policial de la Administración para el *mantenimiento de las cosas* según un orden previamente establecido.

Sin embargo, actualmente, dentro del significado constitucional del Estado moderno⁶¹ la actividad de policía ha dado paso a ser considerada como una actividad de ordenación⁶² de la actividad de los particulares, entendiéndose como condicionamiento de la actividad privada; y por la que se condiciona el ejercicio lícito de una actividad a un examen *a priori* por parte de la Administración del cumplimiento de determinados requisitos legales, o bien de la conformidad de los términos de la actividad proyectada por el particular con las exigencias del interés general, dando lugar a un acto de conformidad de la Administración. Pero, también, la

58. Vid. respecto al procedimiento para la tramitación de la licencia de actividad, LÓPEZ NIETO, F., *Manual de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 107-126.

59. ESCRIBANO COLLADO, P.; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. “El medio ambiente como función administrativa”, en REDA, núm. 26, julio-septiembre, 1980, p. 371.

60. GARRIDO FALLA, F. “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en RAP, núm. 28, enero-abril, 1959, pp. 11-50.

61. ARAGÓN REYES, M. Voz. “Orden constitucional económico”, en ARAGÓN REYES, M. (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Constitución, Estado constitucional y fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2001, p. 166.

62. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho administrativo*. Vol. II. Colección CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1999, p. 252.

actividad administrativa del Estado se despliega ya no sólo en intervencionista sino en conformadora⁶³ de la realidad y de la actividad de los particulares, en una confrontación permanente entre el interés público y el interés privado, teniendo en cuenta los principios constitucionales y los valores fundamentales de una sociedad.

Tratándose de la intervención por motivos ambientales, encuentra su fundamento en el artículo 45 de la CE, presentando dos manifestaciones en la intervención de una actividad potencialmente peligrosa para el medio ambiente; por un lado, *controla y guía* el desarrollo económico, y, por otro, *protege* el medio ambiente, que en las últimas décadas ha permitido fundamentar una mayor intervención.

Con la instauración de un nuevo sistema de intervención administrativa a raíz de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, las comunidades autónomas deben adaptar su normativa y reestructurar su organización administrativa para adecuarse a las exigencias de ésta.

En cuanto al respeto a las competencias municipales y la efectiva participación del ayuntamiento, resulta aventurado hacer afirmaciones rotundas analizando únicamente la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, sin el desarrollo reglamentario que se realice de ésta y a su configuración legal en la legislación autonómica, pero sí se puede decir que en las recientes normas el ámbito de actuación de los entes locales se ve reducido de forma paulatina con una silenciosa invasión de funciones, como lo revelan muchas normas autonómicas de contenido ambiental, bajo los conceptos de “interés regional de la comunidad autónoma”, atrayendo competencias municipales y con fundamento también, por otro lado, en la eficiencia administrativa.

La autonomía local debe entenderse como la garantía constitucional de autogobierno y, por otro lado, para la gestión de los intereses que les atañen, atendiendo como lo ha dicho el Tribunal Constitucional a la conciencia social que se tiene en cada tiempo y lugar de las funciones de los entes locales, y en este sentido, tradicionalmente el procedimiento para autorizar una actividad clasificada ha sido potestad de los ayuntamientos, y no exclusivamente la decisión última declaratoria del otorgamiento de la licencia.

En este caso en concreto, la autorización ambiental integrada resulta vinculante para el ayuntamiento teniendo como referencia únicamente el marco básico establecido por la Ley 16/2002, por lo que es más ade-

cuado esperar al desarrollo reglamentario que efectúe el Gobierno y a las formas jurídicas que adopte en las posteriores leyes autonómicas y teniendo presente la coordinación que ya han efectuado algunas de las normas sobre actividades clasificadas con la de evaluación de impacto ambiental.⁶⁴ Las comunidades autónomas que han coordinado el procedimiento apuestan por un mayor protagonismo de los municipios como entidad más cercana al administrado. ■

63. DELL'ANNO, P. *Manuale di diritto ambientale*. CEDAM, Padova, 1996, p. 99.

64. QUINTANA LÓPEZ, T. “Licencia de actividad y DIA en Castilla y León. Problemas de articulación”, en *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm. 40, abril 2002, pp. 1-6.

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 las 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 constitución de las diputaciones provinciales en los supuestos de interposición de recursos contra la proclamación de concejales electos

José María Esquerda Roset
Secretario general
de la Diputación de Barcelona

El proceso de constitución de las diputaciones provinciales está íntimamente ligado con el de los ayuntamientos. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 195 y 205 de la Ley orgánica del régimen electoral general (LOREG).

Efectivamente, el artículo 195 dispone que "las corporaciones municipales se constituyen en sesión pública el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiese presentado recurso contencioso electoral contra la proclamación de los concejales electos, en cuyo supuesto se constituyen el cuadragésimo día posterior a las elecciones".

Por su parte, el artículo 205 de la LOREG establece que "constituídos todos los ayuntamientos de la respectiva provincia, la Junta Electoral de Zona procede inmediatamente a formar una relación de todos los partidos políticos, coaliciones, federaciones y de cada una de las agrupaciones de electores que hayan obtenido algún concejal dentro de cada partido judicial, ordenándolos en orden decreciente al de los votos obtenidos por cada uno de ellos".

De la interpretación literal de ambos preceptos se colige que en el supuesto de interposición de un recurso contencioso-electoral contra la proclamación de los concejales electos, la Diputación Provincial respectiva no podrá constituirse hasta que haya sido resuelto dicho recurso, y se hayan constituido los ayuntamientos afectados en el plazo de cuarenta días (naturales) después de la elección. Será a partir de este momento cuando podrán iniciarse las operaciones que prevé el artículo 205 de la LOREG, que, a su vez, determinarán el día de constitución de las diputaciones provinciales.

La lógica secuela que resulta de esta interpretación literal de la LOREG es que se produce una demora temporal en la constitución de las corporaciones provinciales, que en la generalidad de los casos resulta incómoda para los futuros y todavía desconocidos electos de las diputaciones y, singularmente, para la corporación provincial respectiva que ve prorrogada su situación interi-

na de gestión "en funciones" para la denominada administración ordinaria.

Esta circunstancia se agrava si se tiene en cuenta que no existe un día prefijado para la constitución de las diputaciones provinciales, pues las referidas operaciones a que se refiere el artículo 205 requieren unos trámites que no tienen una fecha fija. Estos trámites son los siguientes:

—*Una vez que se han constituido todos los ayuntamientos de la provincia*, y repartidos por la Junta Electoral Provincial el número de diputados que corresponde a cada partido judicial, las juntas electorales de zona procederán "*inmediatamente*" después de la constitución de los ayuntamientos *a efectuar la asignación de los diputados que corresponden a cada partido político o coalición*, en función de los votos que hayan obtenido en las elecciones municipales.

—Hecha esta asignación, las juntas electorales de zona han de convocar, por separado y *dentro de los cinco días naturales siguientes*, a todos los concejales de los partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones que hayan obtenido puesto de diputado, para que elijan a los que han de ser proclamados diputados electos y sus suplentes.

—*A continuación* las juntas electorales de zona proclaman a los diputados electos y a sus suplentes, y envían las correspondientes credenciales a la Diputación y a la Junta Electoral Provincial.

—La sesión constitutiva de las diputaciones ha de tener lugar cinco días hábiles después de efectuada la proclamación de electos dicha anteriormente.¹

Como es de ver por las palabras en cursiva, no es posible conocer de antemano la fecha exacta de constitución de las diputaciones provinciales, lo cual no se aviene con los deseos de los electos de iniciar una nueva etapa corporativa que comienza con las previsiones que determina el artículo 58 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, al señalar que, dentro del plazo de los treinta días siguientes al de la sesión constitutiva, el presidente convocará sesión o sesiones extraordinarias para establecer la composición de las comisiones informativas permanentes, el nombramiento de los representantes de la corporación en órganos colegiados, el conocimiento de las resoluciones dictadas por la Presidencia sobre nombramiento de vicepresidentes, miembros de la Comisión de Gobierno, presidentes de las comisiones informativas, etc. Se trata, por

1. La forma de computar estos cinco días, como hábiles, resulta del acuerdo adoptado por la Junta Electoral Provincial de Barcelona de julio de 1981, en la que quedó enterada del acuerdo tomado al respecto por la Junta Electoral Central, del siguiente tenor:

"Trasladar a la Junta Electoral Provincial que el artículo 119 de la Ley orgánica de régimen electoral general establece que 'los plazos a los que se refiere esta ley son improrrogables y se entienden referidos, siempre, en días naturales'; pero al no estar contemplado en la citada ley el plazo de constitu-

ción de las diputaciones provinciales, no es de aplicación directa dicho precepto, por lo que siendo el artículo 57 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales el que dispone que la sesión constitutiva de las diputaciones provinciales se celebrará el quinto día posterior a la proclamación de los diputados electos, el cómputo de dicho plazo administrativo ha de realizarse conforme a tal naturaleza administrativa y, por tanto, excluyendo del cómputo los días inhábiles."

tanto, de acuerdos y resoluciones tan imprescindibles como importantes para poder iniciar la nueva andadura de la corporación, que es lógico se quieran adoptar cuanto antes para no demorar el nuevo mandato cuatrienal que, por otra parte, y de por sí, suele coincidir con los meses vacacionales estivales.

Todos estos inconvenientes que se acaban de exponer pueden solventarse acogiéndose a los acuerdos adoptados por la Junta Electoral Central, como consecuencia de consultas formuladas al efecto y en las se ha sentado el criterio de que en el supuesto que se presenten recursos contenciosos electorales contra la proclamación de concejales, pueden igualmente constituirse las diputaciones provinciales respectivas.

Efectivamente, la Junta Electoral Central, mediante el Acuerdo de 22 de junio de 1995, reiteró el criterio que "debe procederse a la designación de los miembros de las diputaciones provinciales y a la constitución de sus órganos aunque estén pendiente de resolver recursos contenciosos electorales".

Este criterio de la Junta Electoral Central, a parte de su claridad, es perfectamente lógico si se tiene en cuenta que los recursos formulados contra la proclamación de los concejales electos difícilmente podrán alterar la composición política de las diputaciones. Efectivamente, en la mayoría de los casos se trata de recursos formulados contra las actas de escrutinio de mesas electorales en las que se dilucidan un escaso número de votos obtenidos por los distintos partidos o coaliciones electorales que se han presentado en los comicios u otros análogos motivos de impugnación. Estas discrepancias en modo alguno pueden afectar, por aplicación de la regla de Hont, regulada en el artículo 163 de la LOREG, al número de diputados electos que se hayan asignado a cada partido o coalición electoral, a escala provincial, en función de los votos obtenidos en todos los municipios de la provincia y, por tanto, con un orden de magnitudes mucho más amplio. Las sentencias dictadas en los diversos recursos contenciosos electorales que se han formulado en las distintas elecciones locales celebradas demuestra que en ningún supuesto se ha producido alteración en el conjunto de votos a escala electoral provincial.

De ahí la bondad del criterio sentado por la Junta Electoral Central que ha permitido que las diputaciones hayan podido constituirse sin mayor demora aun cuando se hayan interpuesto recursos contenciosos-electorales contra la proclamación de concejales electos y, por tanto, sin necesidad de esperar la sentencia que en su día recaiga en dichos recursos.

Está claro que ninguna objeción podría formularse en el supuesto de que una Diputación quisiera esperar la resolución del contencioso electoral para constituirse, mayormente si se tiene en cuenta el procedimiento sumario con que se sustancia dicho recurso. Pero no parece que sea éste el criterio que sustenta la Junta Electoral Central en el

acuerdo antes transcrito de 22 de junio de 1995, donde utiliza un término imperativo al decir que "debe procederse" a la designación de los diputados y a la constitución de las diputaciones aun cuando no se hayan resuelto los recursos contenciosos electorales.

En cualquier caso, nuestra intención no es otra que facilitar una fórmula que permita a las diputaciones provinciales poder constituirse por la vía ordinaria aun cuando se hayan interpuesto, como sucede con frecuencia, recursos contra la proclamación de concejales electos y, a su vez, facilitar a éstos su acceso a las corporaciones provinciales sin mayor demora. ■

Posibilidad que el ayuntamiento, con cargo al presupuesto municipal, proceda al pago de multas penales impuestas a cargos electos en virtud de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona: responsabilidad contable y presunto delito de malversación de fondos y de prevaricación

Conxa Puebla Pons
*Letrada coordinadora del Servicio
de Asistencia Jurídica Local de
la Diputación de Barcelona*

1. Consulta

El ayuntamiento solicita un informe jurídico en relación con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona según la cual se condena a diversos cargos y excargos electos municipales por delito ecológico, y concretamente por determinar si el ayuntamiento puede hacerse cargo del pago de las multas impuestas.

2. Antecedentes

Primero. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10, dictó en apelación una sentencia que resolvía el recurso de apelación interpuesto por el ministerio fiscal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 12 de Barcelona (que absolvió a los cargos electos objeto de la querella interpuesta también por el ministerio fiscal). La parte dispositiva de esta resolución dice textualmente:

"Que estimado el recurso de apelación interpuesto por el ministerio fiscal contra la sentencia dictada el día 3 de septiembre de dos mil uno en el Procedimiento abreviado n.º 6/1998 por el Ilmo. Magistrado del Juzgado de lo Penal n.º 12 de Barcelona, debemos revocar y revo-

camos dicha resolución, y en su lugar, como parte dispositiva, debemos *condenar y condenamos* a [...] como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito contra el medio ambiente, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a las penas de un año y tres meses de prisión menor y multa de 7.500.000 pesetas a cada uno de ellos, con tres meses de arresto sustitutorio en caso de impago de la multa, e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo público relacionado con la Administración local, y prohibición de ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de duración de la condena.

Asimismo debemos condenar y condenamos a [...] como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito contra el medio ambiente, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de nueve meses de prisión menor y multa de 7.500.000 pesetas a cada uno de ellos, con tres meses de arresto sustitutorio en caso de impago de la multa, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de duración de la condena.

“Se impone a los acusados el pago de las costas causadas en la primera instancia, y se declaran de oficio las costas causadas en ésta alzada.

“Se decreta la clausura del ilegal vertedero del ayuntamiento, ordenando a la Junta de Residus de la Generalitat de Catalunya la observancia y el control de dicha medida. Líbrense los oficios necesarios al efecto.”

Segundo. El ayuntamiento pregunta si la misma corporación local puede hacerse cargo de las sanciones penales y concretamente de las multas, teniendo en cuenta que su determinación ha sido impuesta a cada uno de ellos de manera individualizada.

Vistos los antecedentes mencionados, pasamos seguidamente a formular las siguientes consideraciones jurídicas.

3. Consideraciones jurídicas

Primera. La sentencia mencionada condena por delito ecológico imponiendo, entre otras, la pena de 7.500.000 pesetas a [...], todos en su condición de cargos electos del municipio.

La multa, en el caso que nos ocupa, tiene naturaleza jurídica de pena y como tal responsabilidad criminal es eminentemente personal.

La pena, tal y como afirma Cuello Calón, es “una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito”. Hay que tener en cuenta dos axiomas; el primero, el principio de personalidad de las penas, que significa que las penas no pueden trascender a personas que no sean culpables de delito; el segundo, el principio de igualdad ante la ley

penal, según el cual las penas no pueden ser diferentes por la condición social de las personas.

Desde un punto de vista estático, la pena es la consecuencia primaria del delito, es una retribución del delito cometido, el delito es el presupuesto necesario de la pena (teoría absoluta); desde el punto de vista dinámico la pena tiene las mismas finalidades que la ley penal: evitar las conductas que la ley prohíbe o que manda ejecutar por medio de una prevención general, cuando se opera sobre quien *ha cometido el delito para que no vuelva a delinquir* (teoría relativa).

La sentencia que comentamos fue dictada sobre la base del Código penal de 1973, modificado en el año 1983, que introdujo la regulación del delito ecológico en el artículo 347.bis del mismo código. La cuantía de la multa fue modificada con la entrada en vigor de la Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio (artículo 16).

La misma sentencia señala, en caso de impago de la multa por parte de los condenados, el arresto sustitutorio por el plazo de tres meses.

El contenido del Código penal es claro cuando en su artículo 26 dice que no se reputarán como penas las “multas y otras correcciones que, en uso de atribuciones gubernativa o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados”, y el artículo 27 determina como pena la multa que imponen los tribunales. También el artículo 28 del mismo precepto determina que se considera una multa como pena grave cuando supera la cuantía de 100.000 pesetas. El pago de la multa se podrá hacer en el tiempo que determine la propia sentencia o si no en el plazo de quince días desde la condena. El mismo artículo 90 del Código penal prevé que el Tribunal podrá acordar el pago de su importe por medio de plazos. En el supuesto de que haga exclusión de sus bienes, se fija el arresto sustitutorio de acuerdo con lo que prevé el artículo 91 del Código penal y que, en el caso que nos ocupa, la sentencia determina el período de tres meses.

Es evidente que el impago de la multa determina el arresto sustitutorio que actúa como constreñimiento personal. Entre otras, las sentencias de 38 de mayo de 1983 (Aranzadi 2796), de 25 de mayo de 1985 (Aranzadi 2536), y de 15 de septiembre de 1986 (Aranzadi 4673).

El arresto sustitutorio es una medida subsidiaria de una pena pecuniaria legal y tiene por finalidad evitar que bajo el pretexto de la insolvencia se evite su cumplimiento.

Cabe recordar que el propio Tribunal Constitucional ha aceptado la constitucionalidad de estas medidas. Entre otras, la Sentencia de 16 de febrero de 1988 (19/1988).

La única limitación que determina la imposibilidad de imponer el arresto sustitutorio es precisamente el párrafo tercero del mismo artículo 91 del Código penal, cuando dice textualmente: “Esta responsabilidad subsidiaria

no se impondrá al condenado a pena privativa de libertad por más de seis años.”

La naturaleza del arresto sustitutorio y que avala la afirmación de que la multa es una pena personal, configurada como una manifestación de responsabilidad criminal y que ha de cumplir el condenado, se encuentra reflejada en muchas sentencias del Tribunal Supremo. Entre otras, citaremos la Sentencia de 16 de febrero de 1988, que en su fundamento jurídico 2.2 dice textualmente: “El arresto sustitutorio no supone una opción a favor del condenado para elegir entre la multa impuesta o dicho arresto, sobre todo a partir de la reforma de 1983 (RCL 1983/1325, 1588 y ApNDL 1975-85, 2364) y exige la observancia de determinados límites y prescripciones legales, límites por los que han de discurrir los tribunales en uso del arbitrio concedido por las leyes y, si estas exigencias legales se cumplen, no puede afirmarse que haya un quebranto de ningún principio afectante al Derecho penal. El arresto sustitutorio por sí no agrede pues, sin más, al principio de igualdad, porque, en España como sucede en otros muchos ordenamientos jurídicos, se trata de un sistema de sustitución de la pena pecuniaria que permite al juez individualizarla, dentro de los márgenes que la ley señala, lo cual naturalmente no empece al establecimiento en el futuro por el legislador de otras fórmulas alternativas de la multa como puede ser el trabajo comunitario o el día-multa que ya se ofrece como posibilidad en los últimos proyectos del Código penal. El arresto sustitutorio es una pena subsidiaria de la multa que dentro de los principios que forman nuestro ordenamiento jurídico cumple una función de dotar de solución, armónica y flexible, a los supuestos en lo que el reo no dispone de dinero para satisfacer la multa impuesta, pena cuyo cumplimiento está rodeado de precisiones muy acertadas tendentes a evitar que un improcedente rigor en la ejecución contribuyera a crear situaciones desiguales e injustas (ver artículos 90 y 63 del Código penal) y a evitar también el impunitismo. Todo cuanto queda dicho no es obstáculo a que la sala exprese su inquietud en este tema, en el que, en definitiva, la carencia de bienes acarrea automáticamente una privación de libertad, cuya sustitución por modalidad sancionadora, como antes se ha indicado, distinta de la prisión, que contribuiría, sin duda, a un mayor equilibrio, que en definitiva, es justicia, del sistema penal.”

Segunda. Las pólizas suscritas por el ayuntamiento con la compañía Catalana Occidente, así como con la compañía Caser-Grupo Asegurador, cubren la responsabilidad civil derivada de la actuación en ejercicio de sus funciones tanto de todo el personal público como también de los cargos electos, pero excluye expresamente la responsabilidad penal de los asegurados. De manera particular, no quedan incluidas en la cobertura los pagos de las multas penales.

Queda claro que la compañías de seguros que tienen formalizadas pólizas con el ayuntamiento no se harán cargo del pago de las multas impuestas en la sentencia de constante referencia.

Cabe decir también que nos resulta difícil entender que pueda haber una póliza de seguros de responsabilidad civil que pudiera garantizar el cumplimiento del pago de una multa penal, dado que constituye, como hemos visto, una manifestación de la responsabilidad criminal. La responsabilidad civil comprende la derivada de los artículos 1902 y siguientes del Código civil, y comprende también la responsabilidad civil subsidiaria que pudiera generar la responsabilidad penal. En este sentido, cabe recordar que la Ley del contrato del seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre) determina respecto a la responsabilidad civil, en el artículo 73, lo siguiente: “Artículo 72. Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.”

Tercera. Descartado, pues, que las compañías de seguros que actualmente tienen suscritas las pólizas se hagan cargo del pago de las multas impuestas a los cargos electos, tenemos que analizar si el ayuntamiento, dado que su imposición ha sido como consecuencia del ejercicio de su cargo, puede hacer efectivo su pago.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los tribunales superiores de justicia también es unánime en considerar la improcedencia del pago que hacen las administraciones locales de los gastos de honorarios de abogados de la defensa de sus cargos electos.

La Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de enero de 1997 (Aranzadi 228) es muy paradigmática y afirma que no es conforme a derecho el gasto efectuado en abogados y procuradores para la defensa de cargos electos.

En el mismo sentido, pero avanzando más en la línea jurisprudencial mencionada, citaremos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de diciembre de 2000 (Aranzadi 290), cuando en su fundamento jurídico cuarto dice textualmente:

“En este sentido, parece que concurre el hecho determinante de la asunción por el ayuntamiento del coste de la defensa el que se trate de una querrela formulada en razón de actos de ejercicio del cargo y, obviamente, no interpuesta por el propio ayuntamiento, así como que no estamos en presencia de una inadecuación al fin o desviación de poder, puesto que no aparece ni se alega otra finalidad distinta de la propia de procurar defensa a los miembros de la corporación respecto de

hechos relativos al ejercicio del cargo. En cuanto a la adecuación a los principios generales del ordenamiento, resulta que el acuerdo es conforme con los mismos –en este caso, principalmente, el de eficacia de la actuación administrativa [artículo 103 de la Constitución española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875)] y el de igualdad en el acceso a los cargos públicos (artículo 23 de la Constitución)– puesto que la eventualidad de tener que estar asumiendo los costes de la representación y defensa en juicio por los actos propios del cargo, podría virtualmente obstar el eficaz ejercicio de la función, así como limitar el acceso a ésta a las personas que por su capacidad económica pudieran atender este coste. En este sentido –de conformidad con los principios generales del ordenamiento– es de destacar cómo la solución adoptada por el ayuntamiento demandado se encuentra recogida –genéricamente– en el artículo 2 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2819), de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, en el que se establece que ‘en los términos establecidos reglamentariamente, los abogados del Estado podrán asumir la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados del Estado, sus organismos públicos a que se refiere el artículo anterior y órganos constitucionales, cualquiera que sea su posición procesal, cuando los procedimientos se sigan por actos u omisiones relacionados con el cargo’, lo cual significa que la solución municipal no es contradictoria, ni ajena, a la seguida legalmente en el ámbito de otras administraciones públicas.”

También son muchas las consultas evacuadas por la revista *El Consultor* que se expresan en el mismo sentido. Nos parece importante la consulta número EC 1430 del año 1995 cuando, entre otros extremos, señala textualmente:

“También la cuestión del abono de minutas o gastos de defensa es tema de actualidad y debatido. En principio el ayuntamiento puede asumir los gastos de defensa, si es que no lo hacen los partidos que sustentan al alcalde o concejales, pero parece que la línea transcurre porque en principio así se haga, a salvo el resultado de la acción penal. Si el alcalde o concejal resultan condenados puede serle reclamada la minuta.

“Todo gasto que se origine en el desarrollo presupuestario ha de ser previamente informado por el interventor. Cuando haya de hacerse efectivo ha de ser fiscalizado. El interventor ha de hacer los reparos que procedan, especialmente a la hora de fiscalizar el libramiento o mandamiento de pago con las consecuencias previstas en la Ley 36/1988, de 28 de diciembre (EC 42/89), reguladora de las haciendas locales (LRHL), artículos 195 a 199.”

Desgraciadamente, y tal como hemos visto en la consideración jurídica primera, al tratarse de responsabilidad criminal personal que, además, en caso de incum-

plirse, el arresto sustitutorio opera también con carácter ineludiblemente personal, lo tienen que cumplir directamente los condenados en la misma sentencia. Esta responsabilidad no se extiende al ayuntamiento ni a cualquier otro órgano respecto al cual pudiera haber dependencia o vinculación.

Cuarta. Los miembros de las corporaciones locales son efectivamente responsables de los daños que sus actuaciones puedan provocar a los mismos entes locales.

Para justificar nuestra afirmación sólo nos remitiremos al contenido del artículo 78 de la Ley de bases del régimen local, Ley 7/1985 (en adelante, LBRL), que dice textualmente:

“1. Los miembros de las corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los tribunales de justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.

2. Son responsables de los acuerdos de las corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente.

3. Las corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando, por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla.

4. Los presidentes de las corporaciones locales podrán sancionar con multa a los miembros de las mismas, por falta no justificada de asistencia a las sesiones o incumplimiento reiterado de sus obligaciones, en los términos que determine la ley de la comunidad autónoma y, supletoriamente, la del Estado.”

En el mismo sentido se expresa el artículo 147.1.c) de la Ley municipal del régimen local de Cataluña, Ley 8/1987 (en adelante, LMRLC), que dice textualmente:

“1. Se rigen por lo que dispone la legislación básica del Estado y, si es el caso, por la legislación específica aplicable:

[...]

c) El régimen de responsabilidad civil y penal de los actos y las omisiones cometidas en el ejercicio del cargo.”

También el artículo 60 del Texto refundido del régimen local, Real decreto legislativo 781/1986 (en adelante, TRRL), dice sobre esta cuestión textualmente lo siguiente:

“Las autoridades y los funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a la corporación local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder.”

Tampoco podemos obviar lo que dispone el artículo 225 del Reglamento de organización, funcionamiento y de régimen jurídico de las entidades locales (en adelante, ROF) cuando respecto a la posibilidad dispone:

“1. Las entidades locales podrán instruir expediente, con audiencia del interesado, para declarar la responsabilidad civil de sus autoridades, miembros, funcionarios y dependientes que, por dolo, culpa o negligencia graves, hubieran causado daños y perjuicios a la Administración o a terceros, si éstos hubieran sido indemnizados por aquélla.

“2. El declarado responsable por la Administración podrá interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo.”

Sexta. Respecto a la posibilidad penal que pueda haber en el hecho de que se ordene el pago de las multas penales con cargo al presupuesto municipal, nos tenemos que remitir necesariamente al Código penal, y lo tenemos que hacer sin duda al código vigente actualmente del año 1995 –Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

En primer lugar, tenemos que determinar que en aplicación de lo previsto en el artículo 24.1 del Código penal se considerará autoridad:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del ministerio fiscal.”

El delito de malversación de fondos o caudales públicos está regulado en el artículo 432 del Código penal, que dice textualmente:

“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajera o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

“2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

“3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis

meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.”

De manera concreta y ya más específica al caso que nos ocupa, y dado que se destinaría el importe a un uso ajeno a la función pública, le sería aplicable el artículo 433, que dice textualmente:

“La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

“Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso se le impondrán las penas del artículo anterior.”

Entendemos que podría ser aplicable el artículo 433 y no el 432 porque, por la aplicación del tipo calificado hace falta la existencia de dolo o *animus rei sibi habendi*.

Actualmente, en el nuevo Código penal ya ha desaparecido el delito de malversación imprudente (como existía en el Código penal del año 1973 –artículo 395– y también el delito de malversación impropia del artículo 397 del anterior Código penal.

Por eso entendemos que “por destinar” a finalidades diferentes a la función pública los caudales es plenamente aplicable el artículo 433 del Código penal.

La doctrina jurídica ha tratado ampliamente la regulación de los delitos de malversación de fondos. Así, Lorenzo Morillas Cueva señala estos delitos como de carácter patrimonial y contra la Administración pública, y dice también que las conductas de distracción y sustracción tienen un claro correlativo con la apropiación indebida del artículo 252 del Código penal.

El mismo autor nos dice: “Los denominados tipos de distracción se nuclean en torno al verbo distraer, en su significado de apartar, desviar, alejar. En estos casos, apartar los fondos o caudales o bienes inmuebles de la finalidad pública a la que están asignados para destinarlos a otro objetivo distinto.”

El mismo autor se refiere al significado del artículo 433 del Código penal, y señala: “En definitiva, este peculado impropio exige la no-existencia de ánimo de lucro en la conducta originaria, ánimo de uso no *animus rem sibi habendi*, y devolución en plazo del importe de lo distraído. La pena es la multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años; si no se produjera el reintegro susodicho antes de los diez días previstos, la pena será la del artículo anterior.”

Hay autores como Jesús Catalán que señalan la conducta de malversación como de “bifronte”, porque por un lado supone un incumplimiento del deber de lealtad o fidelidad hacia la Administración (dada la confianza de la misma Administración en el político o funcionario) y

por otro tiene un carácter patrimonial que afecta a la hacienda pública.

La jurisprudencia ha hecho distinción entre el ánimo de apropiación temporal y definitiva y el hecho de que tienen que ser los tribunales los que determinen cuando ha habido una apropiación definitiva y cuando transitoria. Nos parece muy interesante lo que dice sobre esta cuestión el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1997 (Aranzadi 4848) cuando, entre otras consideraciones, señala lo siguiente:

“Es jurisprudencia de esta sala que la diferencia entre las figuras de malversación de los artículos 394 y 396 del Código penal radica en el ánimo con que se realiza la incorporación al propio patrimonio de los caudales públicos: si se hace con *animus rei sibi habendi* o de apropiación definitiva, existirá una sustracción integrante de los tipos del artículo 394; si se lleva a cabo *animus utendi*, esto es, con el propósito de uso transitorio posterior reintegro de lo malversado, estaremos ante una malversación de uso, prevista en el artículo 396 del Código penal. Esta distinción sustancial no puede ser alterada por elementos adjetivos *post facto*, de modo que la restitución posterior de lo sustraído con intención definitiva no hace desaparecer el delito del artículo 394; así como el no reintegro o reintegro tardío de lo distraído con fin de uso no altera la naturaleza de la malversación del artículo 396, aunque por razones pragmáticas el legislador haya decidido en tal caso remitir la penalidad a la señalada para el artículo 394 (párrafo segundo del artículo 396) [STS de 3 de febrero de 1995 (RJ 1995, 751)]:

“Estimado por el tribunal de instancia la existencia de un *animus utendi*, únicamente procede en esta vía, examinar si el juicio de inferencia llevado a cabo por aquél responde a criterios de lógica, y no resulta arbitrario.”

Tal como mencionábamos anteriormente, la despenalización de la malversación por abandono o por negligencia inexcusable ha sido reconocida por la jurisprudencia, y se exige también el elemento subjetivo del ánimo de lucro. Son muchos los autores de la doctrina jurídica que hacen referencia a la despenalización del delito culposo. Entre otros, citaremos a Polaino Navarrete, Suárez Montes y Rodríguez Devesa.

La acción delictiva prevista en el artículo 433 del Código penal es “destinar a un uso ajeno a la función pública de los caudales públicos”.

Sexta. Si bien es cierto que el nuevo Código penal modifica el tratamiento de la malversación de fondos en el sentido de introducir una cierta despenalización en determinados supuestos, no es menos cierto que el mismo Código penal ha clarificado el tipo objetivo del delito de prevaricación.

Los preceptos que regulan el delito de prevaricación se prevén en el nuevo Código penal y con el siguiente tenor literal:

“Artículo 404. A la autoridad o al funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictase una resolución

arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

“Artículo 405. A la autoridad o al funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiese, nombrase o diese posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

“Artículo 406. La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.”

El bien jurídico genéricamente tutelado en el delito de prevaricación es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los parámetros constitucionales. No obstante, el interés protegido más específicamente en este delito tiene que cifrarse en la tutela del respeto debido del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que se tiene que someter la actividad pública en un Estado social y democrático de derecho.

No obstante, para garantizar el respeto del principio referido hay también otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente el Derecho administrativo, a través del sistema de recursos, la jurisdicción contencioso-administrativa y el propio Derecho disciplinario. El legislador ha querido limitar el ámbito de lo penalmente rechazable a aquellas infracciones de las normas legales administrativas llevadas a cabo de forma dolosa, por constituir las modalidades más graves de comportamiento. La opción político-criminal del Código de 1995 puede no ser compartida pero, en todo caso, presenta la virtud de establecer una nítida frontera del ámbito sancionador que corresponde al Derecho penal con relación a otras ramas del ordenamiento jurídico en la materia.

Son diversos los elementos que integran el delito de prevaricación. En primer lugar, se requiere que el funcionario público dicte una resolución. Por tanto, se ha venido entendiendo cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados, bien sea de forma expresa o tácita, escrita o oral. Así, con independencia de cuál sea la forma que revista la resolución, lo que es realmente esencial es que ésta posea en sí misma un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio administrativo. Esta resolución ha de tratar sobre un asunto administrativo. En este sentido, la jurisprudencia ha interpretado que merecen tal consideración aquellas

resoluciones emitidas por funcionarios y cargos públicos y sometidas al Derecho administrativo, siempre que afecten a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, y que, además, requieran un procedimiento formal en el que los sujetos activos decidan la aplicación del Derecho acordado, limitando o negando derechos subjetivos de quien sea parte en el mismo.

La jurisprudencia de las diferentes audiencias provinciales, por lo que respecta a la prevaricación, es clara definiendo el objeto conceptual del delito. Entre otras, citaremos la Sentencia de la Audiencia de Valladolid (757/1999) de 25 de septiembre, que, entre otros extremos, señala en su fundamento jurídico primero lo siguiente:

“El bien jurídico protegido en el delito de prevaricación, lo constituye el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución española (RCL, 1978/2836 y ApNDL 2875), y en consideración fundamental a lo establecido en los artículos 1, 9.1 y 3, y 103 y 106 de la Constitución. Dos son los elementos que caracterizan tal infracción penal: a) uno objetivo, consistente en una resolución injusta, y b) de carácter subjetivo, que exige la conciencia del sujeto activo de la injusticia de la resolución que dicta, esto es, lo que haga a sabiendas. Sin embargo, para que exista este delito, no basta con que la resolución sea incorrecta con arreglo a derecho, ni basta pues con la mera ilegalidad de la resolución administrativa, que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada, disidente, insuficiente o deficientemente asesorada. Se requiere bastante más, pues dicha resolución injusta ha de implicar un torcimiento del Derecho, o una contradicción con el ordenamiento jurídico, tan patente, notoria y grosera, que pueda ser apreciada por cualquier persona. El concepto de resolución injusta del delito de prevaricación, ha de entenderse pues exclusivamente delimitado a aquellas resoluciones que, de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legislación vigente. En este sentido, cabe citar, entre otras numerosas, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1992 (RJ 1992/4318), de 20 de mayo de 1994 [análoga a la de 10 de mayo de 1993 (RJ 193/3772) y de 14 de marzo de 1996 (RJ 1996/2459)].”

También nos parece importante citar el Auto de la Audiencia de Córdoba de 7 de diciembre de 2000 ante un supuesto en el que confluían tanto la prevaricación como la malversación de bienes públicos. En su fundamento jurídico tercero afirma, entre otras cuestiones, lo siguiente:

“Tercero. A partir de aquí el problema que se plantea es el de calificación jurídico-penal que merecen estos hechos. Ya desde un primer momento, se ha de excluir la existencia de malversación de caudales públicos, al haberse destipificado en el Código penal de 1995 (RCL 1995,3170 y RCL 1996,777), el uso para un uso público distinto al previsto, que es lo realmente acontecido

aquí. Sobre esto no existe ningún problema, y así la propia parte recurrente plantea la alternativa de la existencia de prevaricación, que se concretaría en el señor E., encargado de la Diputación de supervisar las obras y el señor A., alcalde, que intervino también en cuanto tal en modificación del destino del dinero presupuestado. En el delito de prevaricación supone, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999,9436), la conducta típica consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, a sabiendas de su injusticia; y continúa afirmando que como señala la Sentencia núm. 674/1998, de 9 de junio (RJ 1998, 5161), ‘[...] el delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona [...]’. El nuevo Código penal ha venido, en consecuencia, a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba, la doctrina jurisprudencial, al calificar como ‘arbitrarias’ las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho. Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, y la manifiesta contradicción con la justicia, son los elementos que caracterizan al acto arbitrario [sentencias 61/1998, de 27 de enero (RJ 1998,98); 487/1998, de 6 de abril (RJ 1998,4016), o 674/1998, de 9 de junio (RJ 1998,5161). Por otro lado ha de ser cometido por una autoridad o funcionario público que habrá de tener funciones decisorias (STS de 10 de enero de 1989 y de 22 de noviembre de 1993 (RJ 1993,8707)).”

Séptima. La corporaciones locales no pueden, a nuestro parecer, acordar el pago de las multas penales que constituyen la expresión de responsabilidad criminal.

En el caso que nos ocupa, y sin entrar a valorar la sentencia, tenemos que decir que la situación que han de afrontar los cargos electos es muy gravosa y al mismo tiempo también injusta.

Gravosa porque, tal como hemos visto, el pago de la multa no puede hacerse con cargo al presupuesto municipal, a pesar de que su condena se ha producido como consecuencia del ejercicio de sus funciones públicas.

Injusta porque la condena ha sido prácticamente la máxima que se podía imponer aplicando, como dice

la sentencia, el Código penal de 1983. Por otra parte, hay que aclarar que si los condenados no fuesen cargos electos y tuviesen la condición de directivos de una empresa, ésta procedería, como es la práctica habitual, al pago de las multas. El diferente trato en uno y otro caso resulta como es obvio de los sistemas de fiscalización económica entre el ámbito público y privado.

Desgraciadamente, la sentencia que comentamos, contrariamente a lo que hacen la gran mayoría de las resoluciones penales, impone multas penales muy elevadas y no determina responsabilidad civil subsidiaria de la que sí que se hubiera podido hacer cargo el ayuntamiento.

Ciertamente, esta situación en la que quedan los cargos electos nos obliga a reflexionar y buscar fórmulas para evitarlas. Y sobre todo para evitar que cargos electos desempeñando su función pública, muchas veces sin recibir ninguna retribución económica, tengan que afrontar con cargo a su patrimonio personal el pago de estas multas.

La sentencia que comentamos, ya lo hemos dicho anteriormente, comporta unas consecuencias muy desafortunadas para los cargos electos condenados, ya que además de pasar de la absolución en primera instancia a la condena en segunda y definitiva instancia, ésta se formula aplicando prácticamente las penas máximas y, en nuestra opinión, esta resolución tampoco se sustenta en la doctrina más reciente del *nunc bis in idem* del Tribunal Constitucional (STC 177/1999 y concordantes).

A la vista de los antecedentes y las consideraciones jurídicas mencionadas, pasamos a formular las siguientes conclusiones.

4. Conclusiones

Primera. El ayuntamiento no puede con cargo al presupuesto municipal proceder al pago de las multas penales impuestas a los cargos electos en virtud de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial con fecha 19 de marzo de 2002.

Segunda. El ayuntamiento no puede abonar las multas con cargo al presupuesto municipal, sin incurrir, los cargos electos y los funcionarios implicados, en responsa-

bilidad contable y en un presunto delito de malversación de fondos y de prevaricación.

Tercera. Si los interesados deciden formalizar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tendrían que pedir la suspensión de la ejecución de la sentencia a la vista de los antecedentes y las consideraciones jurídicas mencionadas. ■

Informe jurídico en relación con el expediente administrativo que se está tramitando por el Cabildo Insular de Gran Canaria para la desafectación parcial o modificación, en su caso, de la delimitación del Monumento Teatro Pérez Galdós, sito dentro del conjunto histórico Vegueta-Triana, en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria

Carlos Manuel Trujillo Morales
Letrado asesor-director
del Excmo. Cabildo Insular de Gran Canaria

1. Antecedentes¹

1.1. Sobre el proyecto de ejecución de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós confeccionado por el equipo técnico encabezado por el arquitecto Don José Luis Rodríguez-Noryega Vizcaíno

1. En relación con el antedicho proyecto arquitectónico, encargado por la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo del Ministerio de Fomento (en lo sucesivo, Ministerio de Fomento), doy por reproducido aquí mi informe,² de fecha 23 de abril de 2001, todo ello en aras de la brevedad y para evitar repeticiones innecesarias.

2. En ese informe jurídico se concluyó, de una parte, que tal proyecto de ejecución no podía ser autorizado porque infringía el ordenamiento jurídico, y, de la otra, se planteó como posibles alternativas las siguientes:

1. En orden alfabético, abreviaturas utilizadas.
BIC: Bien de Interés Cultural.
BOC: Boletín Oficial de Canarias.
BOE: Boletín Oficial del Estado.
CIT: Centro de Iniciativas y Turismo de Gran Canaria.
Comisión Ciudadana: Comisión Especial Ciudadana pro Teatro Pérez Galdós.
Colegio de Arquitectos: Demarcación de Gran Canaria del Colegio de Arquitectos de Canarias.
DACT: Departamento de Arte, Ciudad y Territorio.
LPHC: Ley número 4, de 15 de marzo de 1999, de patrimonio histórico de Canarias.

LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con las modificaciones operadas por la Ley 4/1999, de 13 de enero.
Real Academia Canaria de Bellas Artes: Real Academia Canaria de Bellas Artes de San Miguel Arcángel.
Reglamento estatal: Reglamento del patrimonio histórico español, aprobado mediante el Real decreto 111/1986, de 10 de enero, con las modificaciones introducidas por el Real decreto 64/1994, de 21 de enero.
2. Dicho informe se publicó en la revista *Cuadernos de Derecho Local*, número 0, publicada por la Fundación Democracia y Gobierno Local en octubre de 2002.

1.ª) modificar el proyecto de ejecución, limitando las intervenciones sobre el monumento a los términos expuestos en el informe; 2.ª) o formular, en el expediente de declaración de Monumento y en la línea de la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1982 (*vid.* el anexo II del informe, en la referida publicación), un incidente para determinar las partes y los elementos del Teatro Pérez Galdós a conservar y proteger por su valor histórico-artístico, así como aquellas que, en su caso, pudieran carecer de valor y fueran susceptibles de intervención de conformidad con el ordenamiento jurídico, y 3.ª) o, en caso de que los expertos consideraran que el Teatro Pérez Galdós nunca debió ser declarado Monumento por carecer en su conjunto de los valores inherentes a los mismos, promover un expediente para excluirlo de dicha categoría, sin perjuicio de considerarlo como bien de patrimonio histórico con un nivel genérico y residual de protección a concretar a través del planeamiento municipal.

3. Así las cosas, el 16 de mayo de 2001 la consejera delegada de Cultura de este Cabildo, haciendo uso de la delegación conferida a su favor por la presidencia, dictó un decreto en virtud del cual no autorizó el proyecto de ejecución presentado por el Ministerio de Fomento en relación con el Monumento Teatro Pérez Galdós, dando así por finalizado dicho expediente administrativo.

1.2. Sobre el cierre del Teatro Pérez Galdós y sobre la caída de parte de sus techos

4. En cualquier caso, es público y notorio que, entre otras razones, el Teatro Pérez Galdós está cerrado al público por motivos de seguridad y a la espera de que se lleven a cabo las oportunas obras de rehabilitación, que, entre otras cosas, lo doten de las medidas de seguridad y evacuación exigidas por la normativa vigente, así como de supresión de las barreras arquitectónicas.

5. También es de todos conocido que, en febrero de 2002, se cayó una parte del falso techo del vestíbulo de la segunda planta del teatro, particularmente del Salón Saint-Saëns, lo cual motivó que su propietario, el Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, llevara a cabo las oportunas tareas de desescombro, apuntalamientos y otras para evitar nuevas caídas y para proteger el monumento.

1.3. Sobre la solicitud de desafectación parcial del Monumento Teatro Pérez Galdós, formulada por el Centro de In-

3. Dicha comisión está integrada por los cuarenta y dos miembros que constan en el folio 1 del expediente, entre los que figuran personas relevantes de la sociedad de Gran Canaria y vinculadas, entre otras cosas, al canto, a la arquitectura y al profesorado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, al CIT de Gran Canaria, a la Asociación de Amigos Canarios de la Ópera, a la Asociación de Amigos Canarios de la Zarzuela, a la Sociedad

ciativas y Turismo de Gran Canaria y por la Comisión Especial Ciudadana pro Teatro Pérez Galdós dependiente de éste

6. Así las cosas, como quiera que desde el 16 de mayo de 2001 (repito: fecha del decreto cabildicio que denegó la autorización del proyecto de ejecución del arquitecto señor Rodríguez-Noryega) transcurrían los meses sin que el ayuntamiento capitalino, propietario del Monumento, o el Ministerio de Fomento, promotor del citado proyecto, optaran formal y expresamente por alguna de las alternativas citadas en el número 2 del expositivo 1 anterior, el 20 de febrero de 2002 el Centro de Iniciativas y Turismo de Gran Canaria (en adelante, CIT) y la Comisión Especial Ciudadana pro Teatro Pérez Galdós³ dependiente de éste (en el resto de este informe, la Comisión Ciudadana) presentaron un escrito en la Casa-Palacio del Cabildo de Gran Canaria, optando por la segunda alternativa, con la siguiente súplica:

“[...] ordenar que se incoe por ese Cabildo de Gran Canaria, de conformidad con la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de patrimonio histórico de Canarias, y de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 1982, el oportuno expediente administrativo, para la desafección o descatalogación parcial del Teatro Pérez Galdós, como Bien de Interés Cultural con la categoría de Monumento, siguiendo los criterios señalados en el texto del presente escrito y en especial en su apartado octavo.”

7. El día 21 inmediato, los mismos CIT y Comisión Ciudadana presentaron un nuevo escrito en la corporación insular al que adjuntaron documentación complementaria del anterior, aprovechando la ocasión para citar los preceptos legales y la jurisprudencia que posibilitaban la desafectación parcial.

1.4. Sobre el decreto de incoación del expediente de desafectación parcial del Bien de Interés Cultural Monumento Teatro Pérez Galdós y su publicación en el Boletín Oficial de Canarias

8. A raíz de los antedichos escritos del CIT y de la Comisión Ciudadana, y previo informe del jefe del Servicio de Patrimonio Histórico del Cabildo de Gran Canaria, de fecha 25 de febrero de 2002, el día 26 siguiente la consejera delegada de Cultura, actuando nuevamente por delegación de la Presidencia, dictó un decreto, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“1. Incoar expediente para dejar sin efecto, en su caso, la declaración de Bien de Interés Cultural respecto a determinadas partes del Monumento Teatro Pérez

Filarmónica, a la Fundación Universitaria de Las Palmas de Gran Canaria, a la Real Sociedad Económica de Amigos del País, al Gabinete Literario, a la Mesa Nacional del Turismo, al Consulado de Perú, a la Asociación de Vecinos de la Isleta, a la Asociación de Vecinos de Vegueta, a la Asociación Támara, a la Fundación Carabela La Niña III y a Asoclub.

Galdós, que se tramitará por el mismo procedimiento que para el supuesto de su declaración, para lo cual deberá comunicarse el presente acto a la Dirección General de Patrimonio Histórico del Gobierno de Canarias, y solicitarse el pertinente informe de al menos dos de las instituciones consultivas previstas en el artículo 14 de la Ley del patrimonio histórico de Canarias.

2. Ordenar que se publique el presente Decreto en el *Boletín Oficial de Canarias*, otorgando un plazo de información pública de veinte días hábiles para que aquellos que lo deseen puedan presentar las alegaciones que estimen oportunas.

3. Considerar parte interesada en este expediente al Centro de Iniciativas y Turismo de Gran Canaria, en función de los intereses que defiende según sus normas estatutarias y en ejercicio de la acción pública existente en materia de patrimonio histórico-artístico.

4. Y dar trámite a todos los interesados en este expediente, por el plazo de quince días hábiles y con traslado de copia compulsada de las actuaciones contenidas en el mismo, a fin de que formulen las alegaciones que estimen conveniente y, en especial, para que motiven y concreten de forma cierta e indubitada aquellas partes del Monumento Teatro Pérez Galdós que, por carecer de suficiente valor histórico-artístico, deben quedar excluidas de la declaración de bien de interés cultural con objeto de viabilizar las obras contenidas en el proyecto de rehabilitación cuya ejecución se pretende o en el reformado de éste, si fuere preciso modificarlo, para respetar los elementos del Monumento cuya protección se mantenga en la resolución final de este expediente.”

9. Así las cosas, el 5 de marzo de 2002 la corporación insular solicitó al Gobierno de Canarias que publicara el antedicho decreto en su *Boletín Oficial* (en lo sucesivo, BOC), lo cual tuvo lugar el día 15 posterior.

1.5. Sobre el trámite de alegaciones otorgado a los interesados en el expediente de desafectación parcial del Monumento

10. En consonancia con lo ordenado en el dispositivo 4 del citado Decreto de 26 de febrero de 2002, la corporación insular otorgó un trámite de alegaciones, por el plazo de quince días hábiles, al CIT, al Ministerio de Fomento y al Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria (quienes lo recibieron el 13, 22 y 11 de marzo de 2002, respectivamente), y, muy en particular, para que motivaran y concretaran de forma cierta e indubitada aquellas partes del Teatro Pérez Galdós que, por carecer de suficiente valor histórico-artístico, debían quedar excluidas de la declaración de Monumento.

11. El trámite reseñado en el número 10 precedente, se evacuó por el CIT el 21 de marzo de 2002, por el ayuntamiento capitalino el día 30 siguiente y por el Ministerio de Fomento el 5 de abril posterior mediante el simple envío por postal exprés, sin escrito previo, de

una fotocopia del informe denominado “El Teatro Pérez Galdós. Exposición histórica de los proyectos de reforma del edificio”, confeccionado por Don José J. Orive Marrero, historiador experto en el devenir del Teatro Pérez Galdós según deriva de los diversos estudios y trabajos que ha publicado en relación con el mismo; organismos todos ellos que, amparándose en el antedicho informe histórico, se pronunciaron a favor de la desafectación parcial del Monumento especificando las partes carentes de valor histórico-artístico.

12. Como quiera que el Ministerio de Fomento se limitó a enviar el citado informe histórico, el 9 de abril de 2002 (recibido por aquél el día 25 posterior) la consejera delegada de Cultura le remitió un oficio para que subsanara el referido trámite de alegaciones mediante su cumplimentación o bien mediante la declaración de asumir las conclusiones que obran en las páginas 23 y 24 del mentado informe.

13. Así las cosas, el Ministerio de Fomento remitió a este Cabildo un escrito fechado el 22 de abril siguiente, en virtud del cual subsanó el mencionado trámite proponiendo también la desafectación parcial del Monumento y concretando las partes que, en opinión suya y de sus expertos, carecen de valor histórico-artístico.

1.6. Sobre los escritos de alegaciones presentados con motivo de la publicación del decreto de incoación del expediente de desafectación y apertura de un período de información pública

14. En el dispositivo 2 del Decreto de incoación, de fecha 26 de febrero de 2002, se ordenó su publicación en el BOC (cosa que, repito, se produjo el 15 de marzo siguiente), otorgando un plazo de información pública de veinte días hábiles (el cual venció el 10 de abril posterior) para que aquellos que lo desearan pudieran presentar las alegaciones que estimaran oportunas.

15. Con motivo de lo anterior, entre el 20 de marzo y el 17 de mayo de 2002 se recibieron en el Cabildo 787 escritos de alegaciones con idéntico contenido a favor de la desafectación parcial del Teatro Pérez Galdós (identificados en el expediente como modelo 1), y, en contra de ésta, tres alegaciones (modelo 2), otras cinco (modelo 3), siete más (modelo 4), dos suscritas por Doña Soledad Luján Sánchez, una como miembro de la Asociación por la Defensa del Patrimonio Histórico de Gran Canaria y la otra en nombre de la Asociación de Vecinos Casco Histórico Vegueta Triana-La Unión, a la cual se adhirieron cuarenta y tres personas, y una firmada por Doña Rosa Delia Valenzuela Ramírez, como presidenta de la Asociación de Vecinos Puente de Piedra, con el apoyo de setenta y seis personas más.

16. Y el 26 de junio de 2002 se presentó en la Casa-Palacio un escrito de Don Andrés Santana Suárez, como presidente de la Confederación de Asociaciones de

Vecinos Independientes de Canarias (COVEINCA), en virtud del cual se opuso a la desafectación parcial del teatro.

1.7. Sobre los dictámenes de las instituciones consultivas y sobre el asesoramiento de otras corporaciones profesionales y entidades culturales

17. El 15 de abril de 2002, y en cumplimiento del artículo 25 de la Ley de patrimonio histórico de Canarias, el Cabildo solicitó dictamen sobre la desafectación parcial del Monumento Teatro Pérez Galdós al director del Departamento de Arte, Ciudad y Territorio (a partir de aquí, DACT) de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, al director del Museo Canario y a la Demarcación de Gran Canaria del Colegio de Arquitectos de Canarias (en adelante, Colegio de Arquitectos); peticiones que recibieron éstos el 29 de abril (los dos primeros) y el 3 de mayo de 2002 (el tercero).

18. Asimismo, el día 29 siguiente y como complemento de la anterior solicitud, se les envió copia del informe remitido por el Ministerio de Fomento.

19. El 10 de mayo de 2002 se recibió en el Cabildo el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del Museo Canario, en su sesión del día 6 anterior, por el que se informó a favor la desafectación parcial del Monumento y se señalaron las áreas sobre las que debería incidir dicha desafectación.

20. El día 16 siguiente entró en la Casa-Palacio Insular el informe confeccionado por el DACT de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, que también dictaminó positivamente la desafectación del volumen norte del teatro y fijó las condiciones para asegurar la conservación estricta del volumen que continuaría protegido como Monumento.

21. El mismo día 16 se registró de entrada en el Servicio de Patrimonio Histórico de este Cabildo el informe que, con fecha del día 13 anterior, emitió el Colegio de Arquitectos, en virtud del cual dictaminó favorablemente la desafectación parcial del Monumento Teatro Pérez Galdós "[...] que permita y haga viable el proyecto básico que resultó elegido en el mencionado concurso público (señor Rodríguez-Noryega), con aquellas variaciones que, sin afectar a los elementos inalterables del edificio ya relacionadas, supongan un mejor desarrollo del edificio y, al mismo tiempo, la más eficaz, solvente, rigurosa y adecuada técnica de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós, que cumpla con los objetivos y fines demandados por la sociedad de Gran Canaria".

22. El 2 de junio de 2002, y en cumplimiento del artículo 25 de la Ley de patrimonio histórico de Canarias,

el Cabildo solicitó un dictamen sobre la desafectación parcial del Monumento Teatro Pérez Galdós a la Universidad de La Laguna y al Instituto de Estudios Canarios, peticiones que recibieron éstos el 10 y 12 posterior, respectivamente, sin que, al día de hoy, hayan emitido los oportunos informes.⁴

23. El 17 de junio de 2002 entró en el Cabildo un escrito del Excmo. y Magnífico Rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, al que adjuntó el informe emitido por técnicos de dicha universidad en relación con la desafectación parcial del Teatro Pérez Galdós, en virtud del cual admiten que sólo la edificación del volumen norte puede ser desafectada como Bien de Interés Cultural (en lo sucesivo, BIC) y señalan las condiciones para asegurar la conservación estricta del volumen que continuaría protegido como Monumento.

24. El 26 siguiente, y con el objeto de refutar las afirmaciones del DACT de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, se recibió en el Cabildo un escrito del CIT y de la Comisión Ciudadana, por el que se ratifican en todos los anteriores y aportan un documento suscrito por el arquitecto Don José Luis Rodríguez-Noryega Vizcaíno, del día 24 anterior, titulado "Comentarios al informe emitido por el Departamento de Arte, Ciudad y Territorio de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, ULPGCETS Arquitectura, acerca de la desafectación parcial del BIC Teatro Pérez Galdós".

25. El 4 de julio de 2002 se presentó en el Cabildo un nuevo escrito del CIT y de la Comisión Ciudadana, en el que interesan que se solicite informe sobre la desafectación a la Real Academia Canaria de Bellas Artes de San Miguel Arcángel (en adelante, Real Academia Canaria de Bellas Artes).

26. El día 23 posterior entró en el Cabildo un nuevo escrito del CIT por el que solicitó lo siguiente: "[...] no den por finalizado el expediente en el Cabildo (Comisión Insular de Patrimonio Histórico) hasta tanto se reciba el informe de la Real Academia Canaria de Bellas Artes, que espero se rinda ante ese Cabildo antes del 15 de agosto [...]".

27. Así las cosas, el 19 de agosto de 2002 se presentó en el Cabildo un escrito del CIT, al que adjuntó el informe de la citada Real Academia del día 6 anterior, confeccionado por los arquitectos Don Salvador Fábregas Gil y Don José L. Jiménez Saavedra, y por Don Lothar Siemens Hernández, competente en música y arte, por el que se informó favorablemente la desafectación parcial del Monumento Teatro Pérez Galdós.

28. Unos días más tarde se recibió en el Servicio de Patrimonio Histórico del Cabildo, con acuse de recibo,

4. Con posterioridad a la emisión de este informe y después de que el Cabildo hubiera culminado la fase instructora del procedimiento con remisión de su propuesta y del expediente al Gobierno de Canarias para que dictara la resolución final, el Instituto de Estudios Canarios emitió el informe soli-

citado; y, aunque lo hizo tardíamente respecto a la instrucción, llegó a tiempo y pudo tenerse en cuenta por el Consejo de Patrimonio Histórico de Canarias y por el Gobierno de Canarias a la hora de dictar el decreto definitivo.

una comunicación del presidente de la citada Real Academia Canaria de Bellas Artes, donde consta que el CIT le pidió un informe sobre la desafectación parcial del teatro y que la Junta Plenaria de ésta acordó por unanimidad admitir dicha solicitud y encargar a su Sección de Arquitectura la elaboración del dictamen, lo cual encomendó a los académicos numerarios citados en el número 27 anterior; de tal manera que, habiéndolo emitido éstos el 2 de agosto de 2002 en sentido favorable a la desafectación parcial y habiéndolo asumido en todos sus términos la referida Sección de Arquitectura, el presidente de la Real Academia, sin esperar más porque sus miembros estaban de vacaciones durante el mes de agosto, acordó remitirlo al CIT y, a solicitud de éste, a la Presidencia del Cabildo de Gran Canaria y al consejero de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias.

1.8. Sobre el trámite de audiencia otorgado a los interesados en el expediente administrativo

29. El 27 de mayo de 2002, y uniendo copia de los informes emitidos por las instituciones consultivas, el Cabildo remitió idénticos oficios al CIT, al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y al Ministerio de Fomento (recibidos por el primero el 29 siguiente y por los otros dos el 3 de junio), en su calidad de interesados en el expediente administrativo, para otorgarles trámite de audiencia, por el plazo de quince días hábiles, a fin de que presentaran, en su caso, las alegaciones, documentos y justificaciones que estimaran oportunas.

30. El 2 de julio de 2002 se recibió en el Cabildo un decreto que, el día 1 precedente, firmó el concejal de Urbanismo y Aparcamientos del ayuntamiento capitalino, haciendo uso de la delegación conferida a su favor por el alcalde-presidente, en virtud del cual, incorporando también el documento titulado “Comentarios...” del señor Rodríguez-Noryega, aportado por el CIT y citado en el número 24 anterior, evacuó el expresado trámite de audiencia en los términos que constan en el mismo, donde se concluye: “[...] el expediente para la desafectación del Teatro Pérez Galdós no puede culminarse sin la intervención de otro órgano consultivo, de los previstos en la Ley de patrimonio histórico de Canarias, pues como se ha indicado sólo uno de ellos ha emitido un informe favorable (Museo Canario), y sin que pueda tomarse en consideración a aquellos efectos el emitido por el Colegio de Arquitectos de Canarias.”

5. Por mor de la disposición transitoria segunda del Estatuto de autonomía de Canarias (aprobado por la Ley orgánica 10/1982, de 10 de agosto, y modificado parcialmente por la Ley orgánica 4/1996, de 30 de diciembre –BOC del 13 de enero y del 21 de marzo de 1997–) también podrá tenerse en cuenta, en todo lo que fuera compatible y hasta que se aprueben y entren en vigor los

2. Consideraciones jurídicas

2.1. Legislación aplicable a este procedimiento de desafectación parcial o modificación, en su caso, de la delimitación del Monumento Teatro Pérez Galdós

1. La norma principal aplicable a este expediente es la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de patrimonio histórico de Canarias (en lo sucesivo, LPHC), publicada en el BOC el día 24 siguiente.

2. Su disposición final tercera señala que la ley entrará en vigor un mes después de su publicación en el BOC, por lo que, relacionando esto con lo dicho en el número 1 precedente, se colige que entró en vigor el 24 de abril de 1999.

3. Por tanto, como quiera que estas actuaciones administrativas se iniciaron mediante escrito del CIT de 20 de febrero de 2002 y afectan al Teatro Pérez Galdós como Monumento de nuestro patrimonio histórico de Canarias, se colige que el expediente es posterior a la vigencia de la LPHC y que, por ende, se ha de regir por ésta.

4. Además, ante la parquedad de la ley en cuanto a los trámites del expediente que me ocupa y no habiéndose aprobado todavía los reglamentos canarios que la desarrollen,⁵ también será de aplicación aquí la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), con las modificaciones introducidas en ella por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE del día 14 siguiente).

2.2. Matizaciones sobre el objeto del expediente en curso

1. Las presentes actuaciones administrativas tienen únicamente por objeto la tramitación por el Cabildo del expediente incoado a instancias del CIT para la desafectación parcial o modificación, en su caso, de la delimitación del Monumento Teatro Pérez Galdós, todo ello dejando al margen el proyecto del señor Rodríguez-Noryega en tanto que éste fue rechazado por el Cabildo mediante el Decreto de 16 de mayo de 2001.

2. En efecto, el propósito de acometer obras en el teatro para adecuarlo a las medidas de seguridad y evacuación necesarias, y a la supresión de barreras arquitectónicas, así como para intervenir, además, con toda una serie de medidas modernas, avances tecnológicos y elementos propios de un teatro del siglo XXI, determinó

reglamentos canarios sobre patrimonio histórico-artístico, el Reglamento de patrimonio histórico español aprobado mediante el Real decreto 111/1986, de 10 de enero (publicado en el BOE el día 28 posterior), con las modificaciones introducidas por el Real decreto 64/1994, de 21 de enero –Boletín del 2 de marzo siguiente– (en lo sucesivo, Reglamento estatal).

en su momento el concurso público del Ministerio de Fomento y la redacción del proyecto de ejecución de rehabilitación del teatro por su ganador, el arquitecto Don José Luis Rodríguez Noryega-Vizcaíno; proyecto que, el 16 de mayo de 2001, no fue autorizado por el Cabildo al infringir el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la consideración global del Teatro Pérez Galdós como Monumento.

3. A nadie se le esconde que el cierre al público del teatro y la caída de parte de sus techos ha reactivado el debate sobre el mismo, donde unos son partidarios de conservar el teatro tal como está, sin alterar el diseño y la identidad del edificio, y otros propugnan su protección mediante la realización de diversas obras que, respetando lo esencial, permitan adecuarlo a las necesidades y los avances tecnológicos y sociales actuales para que siga siendo un monumento vivo con continuidad funcional en el tiempo y destinado al fin social y cultural que le es propio, en lugar de un inmueble en desuso por obsoleto; todo lo cual entronca continuamente con voces partidarias y contrarias al proyecto del señor Rodríguez-Noryega.

4. No obstante todo lo anterior, desde una perspectiva técnico-jurídica, resulta obligado (insisto) distinguir entre el expediente administrativo de autorización o rechazo del citado proyecto de ejecución del señor Rodríguez-Noryega, que no fue autorizado en su día por las razones que constan en aquel procedimiento ya finalizado y archivado, y las presentes actuaciones administrativas, que tienen por objeto, haciendo abstracción de aquéllas, determinar si existen partes y elementos del Monumento Teatro Pérez Galdós que, por razones histórico-artísticas, carecen de valor y son susceptibles de intervención.

5. De todo lo dicho hasta aquí se colige que no ha lugar, en este procedimiento, a pronunciarse nuevamente sobre la autorización o no del tantas veces repetido proyecto del señor Rodríguez-Noryega, ni siquiera aunque las presentes actuaciones concluyan con la desafectación parcial del Monumento,⁶ sino que, en su caso, ello deberá ser objeto de un nuevo expediente a incoar una vez finalizado éste.

6. Lo afirmado anteriormente (esto es, la evidencia de que son dos procedimientos distintos que motivan dos expedientes administrativos diferentes) se confirma por el dato de que la autorización o no de obras en un Monumento viene regulada en el artículo 55 y siguientes de la LPHC, mientras que su desafectación parcial se contempla en su artículo 25 en relación con los distinguidos del 19 al 22.

2.3. Alcance de la desafectación parcial del Monumento solicitada por los interesados en el expediente administrativo

1. Tal como consta en las actuaciones administrativas, los interesados en este expediente, utilizando el término en sentido técnico-jurídico, son el CIT y la Comisión Ciudadana, como solicitantes de su incoación, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en su calidad de propietario del teatro, y el Ministerio de Fomento, como titular de un proyecto ya existente para rehabilitar el edificio, confeccionado por el señor Rodríguez-Noryega, y como organismo con partida presupuestaria *ad hoc* para la financiación de las obras; si bien en estos dos últimos, además de interesados, concurre la situación especial o cualificada de ser administraciones públicas con competencias en materia de patrimonio histórico-artístico e investidas de la presunción constitucional de servir con objetividad los intereses generales y de actuar, entre otros, según los principios de eficacia, seguridad jurídica, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículos 9 y 103 de la Constitución española).

2. Dicho lo anterior, a continuación procede concretar las pretensiones de dichos interesados en relación con este asunto.

3. El CIT y la Comisión Ciudadana postulan la desafectación parcial del Monumento, lo cual, según escritos suyos, “[...] supondría la protección de sus elementos nobles e históricos, entre otros, sus fachadas, su magnífica acústica, su carpintería y la maravillosa obra pictórica de Néstor. La parte trasera del edificio, al ser desafectada, quedaría libre para la ejecución del proyecto aprobado del Sr. Noriega Vizcayno, o en su caso, el proyecto reformado que se apruebe [...]”, y también “[...] la descatalogación parcial del citado Monumento en la parte trasera (zona norte de dicho inmueble) y para que se siga contemplando dentro del catálogo de Bienes de Interés Cultural, aquellas zonas y elementos, dignas de ser respetadas por su historia, arquitectura, cualidades pictóricas y magníficas condiciones acústicas, que no pueden ser alteradas en modo alguno. Todo ello, previo los informes técnicos de los especialistas de las administraciones afectadas y los dictámenes de las instituciones consultivas correspondientes”.

4. Por su parte, aceptando el informe del historiador señor Orive Marrero y el informe del coordinador del Área de Urbanismo y Obras, de 27 de marzo de 2002, el ayuntamiento capitalino dictó un decreto, ese mismo

6. Así, por ejemplo, podría ocurrir que, al final, el Gobierno de Canarias declarara la desafectación parcial del Teatro Pérez Galdós en unos términos en los que el proyecto del señor Rodríguez-Noryega continuara siendo incompatible con la nueva delimitación del Monumento, lo cual obligaría a

confeccionar un proyecto reformado del mismo o, en su caso, acometer un nuevo proyecto arquitectónico acorde con la nueva configuración otorgada a dicho BIC.

día, pronunciándose a favor de la desafectación parcial del Monumento para excluir de la declaración de BIC las siguientes obras o partes de mismo, las cuales considera que carecen de suficiente valor histórico-artístico; a saber: las obras ejecutadas a partir de 1988; la forma y los materiales de la cubierta principal sobre la sala de espectadores; el volumen de los camerinos adosados a la fachada norte sobre el espacio de la antigua plaza de Stagno; el escenario, la estructura interior que impide la utilización de “los hombros” (ya alterados por la intervención posterior a 1988), el foso de la orquesta (igualmente modificado) y la caja escénica, y la fachada norte de Jareño.

5. Y a su vez, mediante un escrito de 22 de abril de 2002 y en la misma línea que el ayuntamiento, el Ministerio de Fomento también interesó la desafectación parcial del Monumento, solicitando, además, la desafectación de elementos añadidos a la cubierta, tales como los depósitos de agua cobertizos, etcétera, existentes en la actualidad. Asimismo, para dar cumplimiento a la CPI-96, dice que en la descatalogación parcial se deben prever las siguientes modificaciones puntuales en el Monumento: la demolición de las escaleras de traza triangular de acceso a las localidades altas; la prolongación de las escaleras de los vestíbulos principales hasta la última planta; la construcción de dos escaleras de evacuación junto a los proskenios; la sustitución del forjado del vestíbulo de acceso a la planta de anfiteatro, lo que se aprovecha para unificar los dos últimos niveles del teatro; y la construcción de rampas para uso de minusválidos y escaleras de acceso a la primera planta del edificio.

2.4. Cobertura legal para la desafectación parcial del Monumento

La cobertura legal para la desafectación parcial, en su caso, del Monumento Teatro Pérez Galdós se encuentra en los artículos 8.3.d), 25 (titulado “Desafectación y modificaciones”) y 26 de la LPHC, por cuya virtud corresponsa a los cabildos insulares incoar y tramitar los expedientes para dejar sin efecto la declaración de BIC (digo yo, desafectación total), o modificar su delimitación (añado yo, desafectación parcial) o la de su entorno.

7. El procedimiento para la declaración y desafectación total o parcial de un Monumento es casi igual, con la única diferencia de que para la declaración (artículo 21.1 de la LPHC en relación con el 83.1 de la LRJPAC) se exige el informe preceptivo pero no vinculante de, como mínimo, dos de las instituciones consultivas del artículo 14 de la LPHC más el informe preceptivo y favorable (vinculante) del Consejo del Patrimonio Histórico de Canarias (artículo 22.1), mientras que para la desafectación hace falta, como mínimo, que esos tres informes preceptivos antedichos sean favorables o vinculantes (artículo 25 de la LPHC), lo cual implica un refuerzo de los expedientes sobre desafectación.

8. El procedimiento debe tramitarse en la forma descrita, sin que quepa cumplimentar los trámites en orden diferente.

2.5. Procedimiento administrativo tanto para la declaración de un monumento sito en Gran Canaria como para su desafectación total o parcial

De conformidad con la normativa existente al día de hoy, citada en la consideración jurídica primera de este informe, y ante la falta de reglamentos canarios que desarrollen el procedimiento apuntado en la LPHC, puede decirse que los trámites administrativos⁷ para la declaración o desafectación total o parcial de un monumento ubicado en esta isla de Gran Canaria es el siguiente:⁸

A) Iniciación

De oficio o a instancia de parte (artículos 68 y 69 de la LRJPAC, y 19.1 de la LPHC).

Fases del procedimiento que corresponde tramitar al Cabildo:

B) Incoación

Por el Cabildo de Gran Canaria mediante un decreto presidencial [artículos 8.3.d) y 19 de la LPHC, en relación con el 34.1.o) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local]; competencia que la presidenta, mediante el Decreto de 22 de febrero de 2001, delegó en la consejera delegada de Cultura.

C) Instrucción

Debe llevarse a cabo así:

c.1) La citada incoación se publicará en el BOC, se comunicará al Registro Canario de BIC y se notificará a los interesados (artículo 12.2 del Reglamento estatal), otorgándoles trámite de alegaciones por el plazo de diez días hábiles⁹ (artículos 78.1 y 76.1 de la LRJPAC).

c.2) Aquí se exigen, para poder seguir con el procedimiento, los informes favorables de, al menos, dos de las siguientes instituciones consultivas: el Museo Canario, el Instituto de Estudios Canarios, los museos insulares, las universidades de La Laguna y de Las Palmas de Gran Canaria, y los institutos científicos oficiales (artículo 25 en relación con el 21.1 y 14 de LPHC, y 82 y 83 de la LRJPAC).

c.3) Además de lo anterior, se puede recabar el asesoramiento de otras corporaciones profesionales y entidades culturales (artículo 25 en relación con el 21.1 y 14 *in fine* de la LPHC).

c.4) Acto seguido se abrirá un período de información pública¹⁰ para que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento o la parte del mismo

9. Según el artículo 48.1 de la LRJPAC, siempre que la ley o la normativa comunitaria europea no expresen otra cosa, cuando los plazos se señalen por días se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos.

10. Obsérvese que, según el artículo 86.1 la LRJPAC, el órgano que haya de resolver un procedimiento (en este caso resuelve el Consejo de Gobierno de Canarias mediante un decreto *ex* artículo 22 de la LPHC) puede acordar un período de información pública si la naturaleza de aquél lo requiere (es decir, allí el trámite es potestativo); sin embargo, en este procedimiento, la información pública es obligatoria y compete abrirla al Cabildo de Gran Canaria al estar prevista dentro de su tramitación, todo ello de conformidad con el artículo 21 de la LPHC.

que se acuerde, a cuyo efecto deberá anunciarse el trámite en el BOC, señalando el lugar de exhibición del expediente y determinando el plazo para formular alegaciones que, en ningún caso, podrá ser inferior a veinte días hábiles (artículo 21.1 de la LPHC en relación con el 86.2 de la LRJPAC); en el bien entendido de que, aun cuando la comparecencia en este trámite no otorga, por sí misma, la condición de interesado (párrafo segundo del artículo 86.3 de la LRJPAC), quienes presenten alegaciones u observaciones en el mismo tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales (último párrafo del artículo 86.3 de la LRJPAC).

c.5) A continuación, debe conferirse trámite de audiencia a los interesados, poniéndoles de manifiesto el expediente, para que en el plazo otorgado (entre diez y quince días hábiles) puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (artículo 21.1 de la LPC en relación con el 84.1 y 2 de la LRJPAC).

c.6) Y, finalmente, a la vista y el estudio de todo lo actuado, la Presidencia de este Cabildo de Gran Canaria [aquí la consejera delegada de Cultura por mor de la delegación citada en la letra B) anterior] deberá formular la propuesta de resolución, en este caso favorable o contraria a la desafectación parcial¹¹ del Monumento (artículo 22.1 de la LPHC), en la cual se contenga la respuesta razonada a las alegaciones de los interesados en el expediente y de quienes hubieran presentado alegaciones u observaciones en el antedicho trámite de información pública, todo ello previo examen del expediente y, en su caso y si así lo solicita la Presidencia, emisión de parecer de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria (artículo 12 de la LPHC en relación con los acuerdos plenarios del Cabildo de 29 de mayo de 1998 y 28 de enero de 2000).¹²

D) Plazo máximo de tramitación

El expediente se tramitará en el plazo máximo de doce meses desde su incoación (párrafo primero del artículo 21.2 de la LPHC), transcurrido el cual se podrá denunciar la mora por cualquier interesado (párrafo segundo del artículo 21.2 de la LPHC) y, una vez denunciada ésta, el Cabildo de Gran Canaria dispondría de dos meses

para concluir el expediente y elevarlo al Gobierno de Canarias para que declare, en su caso, la desafectación parcial la que deberá producirse en el plazo de dos meses a partir de la recepción (párrafo tercero del artículo 21.2 de la LPHC); de tal forma que, si se incumplieran dichos plazos, el expediente quedaría caducado y sin efecto, no pudiendo volver a incoarse hasta después de tres años, salvo cuando mediara instancia del propio titular del bien (último párrafo del artículo 21.2 de la LPHC).

Fase del procedimiento que compete al Gobierno de Canarias y trámites ulteriores a su finalización:

E) Declaración

Recibido en plazo el expediente debidamente tramitado por el Cabildo de Gran Canaria (que habrá de incluir la antedicha propuesta de resolución), corresponde al Gobierno de Canarias, en el supuesto que me ocupa y previo informe favorable del Consejo del Patrimonio Histórico de Canarias¹³ [artículo 25 de la LPHC en relación con el 22 y 6.1.c)], la declaración favorable o contraria a la desafectación parcial o modificación de la delimitación del Monumento; cosa que deberá hacer mediante un decreto (*vid.* también al respecto la nota al pie número 11).

F) Notificación

Sin perjuicio de la publicación a que se refiere la letra G) siguiente, el Gobierno de Canarias deberá notificar a los interesados el acto descrito en la E) precedente cumpliendo los requisitos legales establecidos al respecto (artículos 58 y 59 de la LRJPAC).

G) Publicación e inscripción

El antedicho decreto del Gobierno de Canarias se publicará en el BOC (artículo 19 del reglamento estatal), en la forma señalada legalmente (artículo 60 de la LRJPAC en relación con el 58.2), e inscribirá, en la hoja correspondiente al Monumento Teatro Pérez Galdós, en el Re-gistro Canario de BIC (artículo 23.1 de la LPHC) y, también de oficio, en el Registro de la Propiedad (artículo 23.2 de la LPHC); de cuya primera inscripción se dará cuenta al Registro General de BIC dependiente de la Administración del Estado, para que se hagan las consiguientes anotaciones en el mismo (artículo 23.4 de la LPHC).

2.6. Situación actual y carencias del expediente en función

11. Tanto en la propuesta como en la resolución final deben describirse claramente las partes integrantes del Monumento y aquellas otras que, por carecer del suficiente valor histórico-artístico, se desafecten (desafectación parcial) al modificarse su delimitación.

12. En el Acuerdo plenario de 29 de mayo de 1998 se creó la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, como órgano del Cabildo de Gran Canaria en dicha materia, y se reguló su composición, competencias y funcionamiento, mientras que, en el de 28 de enero de 2000, se modificó el anterior para adaptar su composición a la LPHC, incorporando un representante de la Federación Canaria de Municipios (FECAM) y otro de las Asociaciones de Propietarios de Edificios Históricos y de las Asociaciones de Defensa del Patrimonio Histórico, y para redefinir sus funciones y funcionamiento, esta-

bleciendo, entre sus competencias, las siguientes: "[...] 2. Examinar los expedientes de declaración de Bien de Interés Cultural [...] y "[...] 6. Emitir su parecer, a solicitud del presidente, respecto de cualesquiera otra resolución a adoptar por el Cabildo Insular de Gran Canaria en el ejercicio de las competencias que ostenta en materia de patrimonio histórico."

13. El Consejo del Patrimonio Histórico de Canarias, como máximo órgano asesor y consultivo del conjunto de las administraciones públicas de Canarias en las materias reguladas por la LPHC, viene contemplado en su artículo 11. Y, por lo que aquí interesa, el informe preceptivo de este expediente por dicho Consejo deberá ser dictaminado previamente por ponencias técnicas donde participen representantes de las administraciones públicas y expertos designados por el propio Consejo (artículo 11.5 de la LPHC).

del antedicho procedimiento, y, en particular, naturaleza y alcance de los informes ya emitidos

2.6.1. Situación actual y carencias

Si relaciono los principales antecedentes de este dictamen jurídico con el procedimiento descrito en la consideración jurídica quinta anterior se colige lo siguiente:

A) Iniciación

El procedimiento se inició en el Cabildo de Gran Canaria a instancia del CIT el 20 de febrero de 2002.

Fases del procedimiento que corresponde tramitar al Cabildo:

B) Incoación

Fue incoado por decreto del día 26 siguiente, dictado por la consejera delegada de Cultura del Cabildo, como órgano competente citado en la letra B) de la consideración jurídica quinta anterior.

C) Instrucción

Se ha llevado a cabo de la siguiente manera:

c.1) Trámite de alegaciones a los interesados.

El decreto de incoación se publicó en el BOC el 15 de marzo de 2002 y se notificó a los interesados, entre el 11 y 22 de marzo, otorgándoles el antedicho trámite por el plazo de quince días hábiles; lo cual fue evacuado por el CIT el 21 de marzo, por el ayuntamiento el 30 siguiente y por el Ministerio de Fomento el 5 de abril posterior, quién lo subsanó el día 24.

c.2) Informes de las Instituciones consultivas.

Se solicitó informe al Museo Canario, a las universidades de Las Palmas de Gran Canaria y de La Laguna, y al Instituto de Estudios Canarios (*vid.* sobre este último la nota al pie número 4); respecto de lo cual insisto y dejo constancia que, al día de hoy, sólo lo han emitido el Museo Canario y la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, todo ello con el alcance que luego se dirá.

c.3) Asesoramiento de otras corporaciones profesionales y entidades culturales.

También se recabó informe del Colegio de Arquitectos y de la Real Academia Canaria de Bellas Artes, que lo emitieron en los términos que después se analizarán.

c.4) Información pública.

El expediente se sometió a información pública al principio, es decir, antes de que obrara en el mismo los citados informes,¹⁴ razón por la cual, pudiendo conside-

rarse abierto este trámite intempestivamente, deberá otorgarse nuevamente. No obstante ello, las alegaciones y observaciones formuladas a su amparo, al igual que las que se realicen por las mismas personas o por otras diferentes durante el próximo sometimiento a información pública, serán tenidas en cuenta y respondidas de forma razonada.

c.5) Audiencia a los interesados.

Este trámite se otorgó a los interesados así: al CIT, el 29 de mayo de 2002, y al ayuntamiento capitalino y al Ministerio de Fomento, el 3 de junio siguiente. Sin embargo, como quiera que después de estas fechas se recibió en el Cabildo el informe oficial de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (concretamente, el 17 de junio de 2002) y el de la Real Academia Canaria de Bellas Artes (el 19 de agosto de 2002), así como que deberá abrirse el procedimiento a nueva información pública, procede que, una vez finalizada ésta, se otorgue nueva audiencia a los interesados antes de formular la propuesta de resolución, todo ello siguiendo la cronología procedimental expuesta en las consideraciones jurídicas quinta y sexta de este informe.

c.6) Propuesta de resolución.

Cumplimentados los trámites que faltan, antes subrayados, la consejera delegada de Cultura de este Cabildo deberá formular la propuesta de resolución en los términos expuestos en la letra c.6) de la consideración jurídica quinta anterior.

D) Plazo máximo de tramitación

Los doce meses que tiene el Cabildo para tramitar las fases del procedimiento que le competen se cuentan desde la incoación del expediente mediante un decreto de la consejera delegada de Cultura (esto es, desde el 26 de febrero de 2002) hasta el 25 de febrero de 2003, ambos inclusive.

Fase del procedimiento que compete al Gobierno de Canarias y trámites ulteriores a su finalización:

En cuanto a este particular me remito a lo dicho al respecto al final de la anterior consideración jurídica quinta, toda vez que, no habiéndose terminado los trámites que incumben a esta corporación insular, no se ha iniciado todavía la fase correspondiente al Gobierno de Canarias, la cual, no obstante y en mi opinión, deberá tramitarse como allí se dijo.

2.6.2. Naturaleza y alcance de los informes emitidos,

14. Relacionando el artículo 25 de la LPHC con el 21 se colige que el procedimiento para la desafectación total o parcial de un Monumento deberá establecerse reglamentariamente; no obstante lo cual, la LPHC exige que, en todo caso, la tramitación incluya la audiencia a los interesados y el sometimiento a información pública, recabándose asimismo el dictamen favorable de al menos dos de las Instituciones consultivas de su artículo 14 y el informe también favorable del Consejo del Patrimonio Histórico de Canarias. En cualquier caso, ante la falta de reglamentos canarios que desarrollen la LPHC, la redacción literal de su artículo 21 induce, en un primer momento, a aplicar el orden procedimental seguido en el expediente objeto del presente informe: audiencia a los interesados e información pública y luego el dicta-

men de las instituciones consultivas y el asesoramiento de otras corporaciones profesionales o entidades culturales. Sin embargo, salvo que los futuros reglamentos canarios regulen los cauces del procedimiento de otra forma, este letrado asesor considera que, en virtud de la LPHC y de la LRJPAC, así como en aras de la mayor seguridad jurídica y participación ciudadana en este asunto que afecta al emblemático Monumento Teatro Pérez Galdós, perteneciente al patrimonio histórico-artístico de Canarias, procede tramitar las actuaciones en la forma descrita en la consideración jurídica quinta y sexta anterior, lo cual obligará, en este momento procedimental, a repetir algunos trámites que podrían considerarse practicados inadecuadamente en su día por intempestivos.

obrantes en el expediente

A) Informes de instituciones consultivas del artículo 14 de la LPHC

1. Después de todo lo dicho hasta aquí y antes de que el Cabildo cumplimente los trámites que faltan en el expediente, debo pronunciarme sobre la siguiente cuestión esencial: ¿Figuran en las actuaciones el dictamen favorable de, al menos, dos de las instituciones consultivas previstas en el artículo 14 de la LPHC?

2. En efecto, tal como se dijo antes, *para la desafección parcial del Monumento se exige el dictamen favorable del Consejo del Patrimonio Histórico de Canarias y, como mínimo, de dos de las siguientes instituciones consultivas*: el Museo Canario, el Instituto de Estudios Canarios, los museos insulares, las universidades de La Laguna y de Las Palmas de Gran Canaria y los institutos científicos oficiales (artículo 25 en relación con el 21.1 y 14 de la LPHC, y 82 y 83 de la LRJPAC), sin perjuicio de que se pueda recabar el asesoramiento de otras corporaciones profesionales y entidades culturales (artículo 25 en relación con el 21.1 y 14 *in fine* de la LPHC).

3. Así las cosas, el siguiente paso consiste en dar respuesta a la pregunta formulada en el número 1 anterior, para lo cual deberá comprobarse si los dictámenes emitidos por el Museo Canario y por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, como instituciones consultivas del artículo 14 de la LPHC (y en tanto que, por ahora, la Universidad de la Laguna y el Instituto de Estudios Canarios no se han pronunciado en tal solicitud¹⁵ recibida por ellos el 10 y 12 de junio, respectivamente), son favorables a la desafección parcial o modificación, en mayor o menor medida, de la delimitación del Monumento Teatro Pérez Galdós.

4. En este sentido, el dictamen del Museo Canario, aprobado por su Junta de Gobierno del 6 de mayo de 2002, es favorable a la desafección de las siguientes áreas: el cuerpo adosado a la antigua fachada norte del inmueble y la estructura escénica; los restos de la fachada norte del teatro; el foso orquestal; la cubierta de la sala de espectadores, y los cuerpos añadidos en la década de 1980 en la fachada sur del teatro.

5. Asimismo, haciendo abstracción del criterio de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria de informar

sobre las intervenciones futuras en el teatro (lo cual –repito– será objeto, en su caso, de un futuro y diferente expediente de autorización), en lo cual ha estado y está muy influenciada por su rechazo al proyecto del señor Rodríguez-Noryega, puedo decir que su informe es favorable a la desafección de la fachada norte del Teatro.¹⁶

6. Por su parte, el DACT de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria emitió un informe similar en parte al de la universidad (o, si se quiere, la universidad asumió parcialmente el confectionado por el DACT, éste muy crítico con el ya rechazado proyecto del señor Rodríguez-Noryega), informe que, obviamente, queda absorbido por el de la universidad en tanto que ésta, representada por su rector, es la institución consultiva a que alude el artículo 14 de la LPHC, y no sus diferentes departamentos.

7. En cualquier caso, el informe del DACT parcialmente asumido por la universidad fue contestado por el arquitecto señor Rodríguez-Noryega en los términos que constan en el expediente, lo cual demuestra, al igual que los demás dictámenes, que los criterios sobre la materia no son pacíficos y que admiten diversidad de opiniones entre los expertos.

8. Pero, en definitiva y aunque con diferente intensidad o amplitud, lo que ahora importa es que hay dos informes favorables a la desafección parcial del Monumento (ambos coincidentes en la desafección de la fachada norte), emitidos por dos de las instituciones consultivas del artículo 14 de la LPHC; razón por la cual, el expediente puede continuar su tramitación al haberse superado esa *conditio sine qua non*.

B) Asesoramiento de otras corporaciones profesionales y entidades culturales

9. Tal como he dicho, el artículo 14 de la LPHC exige el dictamen favorable, como mínimo, de dos de las citadas instituciones consultivas, sin perjuicio del asesoramiento que pueda recabarse de otras corporaciones profesionales y entidades culturales.

10. En este caso, además de los dictámenes favorables en mayor y menor medida del Museo Canario y de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, se cuenta con los informes favorables a la desafección parcial

15. De conformidad con el artículo 83.2 de la LRJPAC en relación con el 48.1, los informes serán evacuados en el plazo de diez días hábiles, salvo que una disposición o el resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor; razón por la cual, habiendo transcurridos más de dos meses y medio sin que la Universidad de La Laguna y el Instituto de Estudios Canarios lo hayan emitido, procede continuar las actuaciones (artículo 83.3 y 4 de la LRJPAC) al contarse con los informes favorables, en mayor y menor grado respectivamente, del Museo Canario y de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. *Vid.*, no obstante, la nota al pie número 4.

16. Con posterioridad a la formulación de este informe, concretamente el 27 de diciembre de 2002, la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria informó a favor la propuesta de desafección parcial del Monumento realizada por la consejera delegada de Cultura; pero, como quiera que ésta implicaba desafeccionar no sólo el volumen norte sino también otros

elementos (*vid.* la nota al pie número 18), procede decir que el autor del informe de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, el arquitecto catedrático Don Eduardo Cáceres y miembro de dicha Comisión Insular, votó a favor de esa propuesta complementando así algunos aspectos de su informe sobre los que no se había pronunciado de forma expresa. Por consiguiente, las partes del Teatro que el Cabildo propuso desafeccionar contaban entonces con el apoyo de dos Instituciones consultivas (artículo 25 en relación con 21.1 y 14 de la LPHC), Museo Canario y Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, así como con el de dos corporaciones profesionales y entidades culturales (artículo 25 en relación con el 21.1 y 14 *in fine* de la LPHC), Colegio de Arquitectos y Real Academia Canaria de Bellas Artes; pero no así la torre o caja escénica, cuya desafección sólo estaba informada favorablemente por una institución consultiva, el Museo Canario, y no por las dos que, como mínimo, exige la LPHC.

del Monumento, emitidos por el Colegio de Arquitectos y por la Real Academia Canaria de Bellas Artes.

11. Así, el Colegio de Arquitectos considera elementos esenciales inalterables: la sala principal; las pinturas de Néstor; el cuerpo exterior principal determinado por los ornamentos de cantería. Por el contrario, según los representantes del Colegio de Arquitectos, puede intervenir en lo siguiente: en la ampliación que adosó Miguel Martín Fernández de la Torre a la trasera norte, y en su actual cubierta con las diferentes piezas y volúmenes que la configuran. Y, así, dicen: “[...] En concreto, los elementos que proponemos descatalogar son los siguientes: la ampliación norte desde el retranqueo de las fachadas laterales; la cubierta y los cuerpos que emergen desde la cornisa de remate del cuerpo principal original.”

12. Por su parte, la Real Academia Canaria de Bellas Artes señala: “[...] En consecuencia, y siguiendo una aplicación razonable y no maximalista de la ley, pueden considerarse excluidos de protección los siguientes elementos y partes del edificio actual, por considerar que, al poner el énfasis en la actuación del arquitecto Jareño, también fueron excluidos de forma tácita en el acto de la clasificación administrativa de BIC: 1.º el cuerpo del lado norte, contenedor de anexos escénicos, dado su desacuerdo arquitectónico con el conjunto del edificio original del teatro; 2.º el foso de orquesta, alterado en la intervención de 1988, y con problemas acústicos y de capacidad, no resueltos de forma satisfactoria hasta el momento; 3.º los elementos de comunicación (pasillos y escaleras), que no formen parte del sistema de vestíbulo, foyers, escalinata regia, etc., por su escasa significación arquitectónica, en relación con su importancia como elementos ligados a las condiciones de seguridad del inmueble, y 4.º la cubierta general del edificio, por haber sido alterada en acciones recientes y por la carencia de valores estéticos, no acordes con su importancia arquitectónica, además de la evidente ausencia de calidad material y técnica, a lo que hay que añadir su pésimo estado de conservación, que de por sí constituye razón suficiente para justificar la necesidad de intervenir.”

2.7. Principales conclusiones y propuesta de decreto para continuar la tramitación del expediente por el Cabildo

2.7.1. Principales conclusiones

1. El Teatro Pérez Galdós es un BIC del patrimonio histórico de Canarias, con la categoría de Monumento, sito dentro del Conjunto Histórico Vegueta-Triana de esta capital.

2. El 16 de mayo de 2001 y en relación con el proyecto de ejecución de rehabilitación de dicho teatro, confeccionado por el arquitecto Don José Luis Rodríguez-Noryega Vizcaíno y presentado en la corporación insu-

lar por el Ministerio de Fomento, la consejera delegada de Cultura de este Cabildo dictó un decreto en virtud del cual no lo autorizó, todo ello por las razones que constan en ese expediente administrativo ya finalizado y archivado, y, muy en particular, por las consideraciones fácticas y jurídicas del informe emitido por mí el 23 de abril anterior (*vid.* la nota al pie número 2).

3. En ese informe jurídico se planteó como posibles alternativas las siguientes: a) la modificación del proyecto de ejecución, limitando las intervenciones sobre el Monumento a los términos allí expuestos; b) o la desafectación parcial del Monumento en función de determinar las partes y los elementos del teatro a conservar y proteger por su valor histórico-artístico, y las susceptibles de desafectación por carecer de tal valor, y c) o la desafectación total en caso de que la Administración competente considere que el Teatro nunca debió ser Monumento por carecer en su conjunto de los valores inherentes a los mismos.

4. Desde hace algún tiempo el teatro está cerrado al público por motivos de seguridad y otros, y en febrero de 2002 se cayó parte del falso techo del vestíbulo de su segunda planta.

5. Desde el 16 de mayo de 2001 (fecha del decreto de la consejera delegada de Cultura por el que se rechazó el proyecto del arquitecto señor Rodríguez-Noryega) hasta el 20 de febrero de 2002 transcurrió más de nueve meses sin que el ayuntamiento capitalino, propietario del teatro, o el Ministerio de Fomento, titular del citado proyecto arquitectónico, se pronunciaran formal y expresamente por alguna de las antedichas alternativas.

6. Así las cosas, el 20 de febrero de 2002 el CIT y la Comisión Ciudadana presentaron un escrito en la Casa-Palacio del Cabildo, donde solicitaron la desafectación parcial del Monumento.

7. El día 26 siguiente la consejera delegada de Cultura del Cabildo dictó el correspondiente decreto de incoación del procedimiento de desafectación parcial (publicado en el BOC el 15 de marzo de 2002), por el cual acordó otorgar trámite a los interesados (CIT, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y Ministerio de Fomento) para que, en su caso, formularan alegaciones y motivaran y concretaran las partes del teatro a desafectar parcialmente, y también abrir un período de información pública.

8. El mentado trámite de alegaciones se evacuó por los interesados en los términos que constan en el expediente y en este dictamen jurídico, esto es, en sentido favorable de la desafectación parcial del Monumento y especificando las partes que, según ellos y sus expertos, carecen de valor histórico-artístico; para lo cual se ampararon en el informe histórico del señor Orive Marrero.

9. Con motivo del citado período de información

pública se registraron en el Cabildo 787 escritos de alegaciones favorables a la desafectación parcial y diecisiete en contra, de entre los cuales uno contó con la adhesión de cuarenta y tres personas y otro de setenta y seis.

10. Asimismo, se solicitaron informes sobre la desafectación a las siguientes instituciones consultivas en la materia de entre las previstas en el artículo 14 de la LPHC: Museo Canario, universidades de Las Palmas de Gran Canaria y de La Laguna e Instituto de Estudios Canarios; y se recabó también el asesoramiento de otras corporaciones profesionales y entidades culturales, tales como el Colegio de Arquitectos y la Real Academia Canaria de Bellas Artes.

11. De las entidades citadas en el número 10 precedente emitieron un informe positivo a la desafectación parcial el Museo Canario y la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (esta última en sentido más restrictivo pero favorable a la desafectación de la fachada norte del teatro), todo ello en los términos que figuran en el expediente; y, asimismo, dictaminaron a favor de la desafectación parcial el Colegio de Arquitectos y la Real Academia Canaria de Bellas Artes. Sin embargo, han pasado más de dos meses y medio sin que la Universidad de La Laguna y el Instituto de Estudios Canarios se hayan pronunciado al respecto (*vid.* la nota al pie número 4).

12. También se otorgó trámite de audiencia a los interesados en el expediente, quienes lo evacuaron en la forma que obra en las actuaciones administrativas.

13. En otro orden de cosas, procede decir que la LPHC entró en vigor el 24 de abril de 1999 y que es la norma principal aplicable a este expediente, toda vez que éste se inició el 20 de febrero de 2002 (es decir, con posterioridad a la vigencia de aquélla) y afecta al Teatro Pérez Galdós como Monumento de nuestro patrimonio histórico de Canarias.

14. Además, ante la parquedad de la ley en cuanto a los trámites del expediente y no habiéndose aprobado todavía los reglamentos canarios que la desarrollen, también será de aplicación la LRJPAC y el Reglamento estatal de patrimonio histórico español.

15. Por lo que se refiere al objeto del expediente conviene reiterar que consiste en la tramitación por el Cabildo del procedimiento iniciado por el CIT para la desafectación parcial o modificación, en su caso, de la delimitación del Monumento Teatro Pérez Galdós, todo ello con abstracción del proyecto del arquitecto señor Rodríguez-Noryega, el cual fue rechazado por esta corporación insular mediante el decreto que, el 16 mayo de 2001, se dictó en unas actuaciones administrativas ya finalizadas y archivadas, en el bien entendido de que el procedimiento de desafectación parcial se rige por el artículo 25 en relación con los numerados del 19 al 22 de la LPHC, mientras que la futura autorización, en su caso,

de un proyecto de ejecución que sea compatible con la delimitación del Monumento constituye un procedimiento distinto que viene regulado en el artículo 55 y siguientes de la LPHC.

16. En cuanto a la cobertura legal para la desafectación parcial del Monumento se encuentra en los artículos 8.3.d), 25 y 26 de la LPHC.

17. En lo que concierne al procedimiento interesa concluir lo siguiente:

Que la fase del Cabildo debe cumplimentarse, so pena de caducidad de las actuaciones, en el plazo máximo de doce meses o, vencido éste y denunciada la mora por alguno de los interesados en el expediente, en los dos meses siguientes a la denuncia, dentro de los cuales deberá concluirse y elevarlo al Gobierno de Canarias para la desafectación parcial, en su caso, la que deberá producirse en el plazo de dos meses a partir de la recepción; a cuyo fin deberán seguirse los trámites en la forma y orden reseñados en la consideración quinta del presente informe, donde se prevé la iniciación, la incoación y la instrucción, esta última con publicación, comunicación al Registro Canario de BIC, notificación a los interesados para trámite de alegaciones por diez días hábiles, informes favorables de, como mínimo, dos de las instituciones consultivas del artículo 14 de la LPHC, asesoramiento, en su caso, de otras corporaciones profesionales y entidades culturales, información pública durante el plazo mínimo de veinte días hábiles, trámite de audiencia a los interesados entre diez y quince días hábiles, y propuesta de resolución a formular por la consejera delegada de Cultura del Cabildo y elevar al Gobierno de Canarias, previo examen del expediente por la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria y, en caso de solicitarlo la Presidencia, emisión de su parecer, cuya propuesta deberá contener la respuesta razonada de las alegaciones de los interesados en el expediente y de los comparecientes en la información pública.

Y que la fase del Gobierno de Canarias tiene que finalizar, previo informe favorable del Consejo del Patrimonio Histórico de Canarias, mediante el dictado del correspondiente decreto, acto administrativo que deberá responder motivadamente todas las alegaciones, notificarse a los interesados y publicarse en el BOC en la forma señalada legalmente, e inscribirse en la hoja del teatro abierta en el Registro Canario de BIC y, también de oficio, en el Registro de la Propiedad; de cuya primera inscripción se dará cuenta al Registro General de BIC dependiente de la Administración General del Estado para que se hagan las anotaciones correspondientes.

18. Respecto al expediente objeto de este informe procede decir que se haya en la fase de tramitación por el Cabildo y que deben considerarse cumplidos todos los pasos, a excepción de la información pública (abierta al inicio, es decir, antes de que obraran allí los in-

formas preceptivos) y la audiencia a los interesados (otorgada antes de recibirse el informe oficial de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y de la Real Academia Canaria de Bellas Artes, así como, obviamente, antes de las alegaciones que se presenten durante la nueva información pública que propongo abrir), por lo que ambas cosas, primero la información pública y después la audiencia a los interesados, deberán repetirse para una adecuada instrucción del procedimiento y en aras de la mayor seguridad jurídica y participación ciudadana en materia del patrimonio histórico de Canarias.

19. Así, una vez practicados los antedichos trámites, la consejera delegada de Cultura podrá formular y elevar su propuesta de resolución al Gobierno de Canarias, en los términos ya citados, porque el expediente cuenta con los informes favorables a la desafectación parcial del teatro que, con mayor o menor grado respectivamente, se emitieron por las Instituciones consultivas Museo Canario y Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, así como con el asesoramiento favorable de corporaciones profesionales y entidades culturales, tales como el Colegio de Arquitectos y la Real Academia Canaria de Bellas Artes.

2.7.2. Propuesta de decreto para continuar la tramitación del expediente por el Cabildo

20. Y, por todo lo dicho hasta aquí, procede ahora que la consejera delegada de Cultura dicte un decreto¹⁷ en el sentido de ordenar la cumplimentación de los referidos trámites de información pública y audiencia a los interesados para, concluidos éstos, formular la pro-

puesta de resolución¹⁸ oportuna y ajustada al ordenamiento jurídico, que deberá elevar al Gobierno de Canarias junto con copia del expediente administrativo incoado e instruido, el cual deberá remitirse debidamente compulsado, foliado y acompañado del correspondiente índice, todo ello para que se tramite la citada fase del procedimiento que compete al Gobierno de Canarias.¹⁹ ■

17. Acogiendo el criterio jurídico y la propuesta de este informe de fecha 2 de septiembre de 2002, el día 3 siguiente la consejera delegada de Cultura del Cabildo dictó Decreto (publicado en el BOC el día 20 posterior), por el que sometió nuevamente el expediente a información pública durante el plazo de veinte días hábiles (trámite durante el que sólo se produjo una alegación, la cual fue contraria a la desafectación) y acordó otorgar, a continuación de aquélla, audiencia a los interesados durante diez días hábiles.

18. Con fecha 2 de diciembre de 2002 (es decir, con posterioridad a la formulación de este dictamen), la consejera delegada de Cultura del Cabildo dictó un decreto, previo informe favorable de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico celebrada el 27 de diciembre de 2002, en virtud del cual dispuso lo siguiente: "Elevar al Gobierno de Canarias para su resolución, previo informe favorable del Consejo Canario del Patrimonio Histórico, la siguiente propuesta de resolución: Desafectar, y en consecuencia dejar sin efecto, la protección derivada de la declaración de Bien de Interés Cultural para las siguientes partes del Monumento Teatro Pérez Galdós: el cuerpo del lado norte, contenedor de anexos escénicos, dado su desacuerdo arquitectónico con el conjunto del edificio original del teatro; el foso de la orquesta, alterado en la intervención de 1988 y con problemas acústicos y de capacidad, no resueltos de forma satisfactoria hasta el momento, y la cubierta general del edificio, por haber sido alterada en acciones recientes y por la carencia de valores estéticos, no acordes con su importancia arquitectónica, además de la evidente ausencia de calidad material y técnica". Asimismo, la parte dispositiva de dicho decreto se complementa con su consideración jurídica sexta, al decir: "[...] En cuanto a los cuerpos añadidos a partir de 1988 tanto en la fachada sur del teatro, como las modificaciones en el interior de la estructura escénica, posteriores a la incoación del expe-

diente de declaración de BIC, cabe su reforma o eliminación a través de la habilitación consignada en el artículo 57.2 de la Ley del patrimonio histórico de Canarias, puesto que pueden ser considerados 'elementos añadidos que suponen una evidente degradación del bien considerado y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación del mismo'. Por lo que se refiere a los pasillos y escaleras auxiliares, y demás elementos cuya desafectación ha sido solicitada por el Ministerio de Fomento para dar cumplimiento a la CPI-96, puede considerarse igualmente que su reforma o eliminación es posible en cuanto afecta a condiciones de seguridad, normativa contra incendios, accesibilidad de minusválidos y demás normativa vigente de insoslayable cumplimiento en los edificios de uso público; criterio que no exigiría desafectación alguna, sino el procedimiento normal de autorización de obras en los bienes de interés cultural, es decir, informe favorable de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico y Decreto de autorización de este Cabildo [...]."

19. Asimismo, estando en imprenta este trabajo, el 31 de enero de 2003 el Consejo de Gobierno de Canarias dictó un decreto, en virtud del cual desafectó parcialmente el Monumento Teatro Pérez Galdós, en los términos propuestos por el Cabildo, pero desafectando también la torre o caja escénica; cosa esta última que no pudo proponer la corporación insular al contar sólo entonces con el informe favorable de una institución consultiva, el Museo Canario (la LPHC exigía y exige dos informes favorables), pero que sí pudo acoger el Gobierno de Canarias con motivo del informe positivo a la desafectación de la misma que, cuando el procedimiento estaba en poder de éste, se emitió por el Instituto de Estudios Canarios, esto es, una vez que ya había finalizado la fase de instrucción del Cabildo.

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, con la intención de ayudar a establecer 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 aborda el marco jurídico y las cuestiones de mayor conflictividad interpretativa.

En este QDL, 3 se publica “Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (II)”, segunda parte del trabajo publicado en el QDL, 2. El trabajo aborda, a la vista de las ordenanzas localizadas en la materia, la delimitación del derecho de uso y edificación en el entorno de los caminos, en especial la obligación del retranqueo del vallado y de las edificaciones de fincas colindantes o contiguas a los caminos; las infracciones y sanciones tipificadas en las ordenanzas y las servidumbres públicas de paso o de tránsito.

El tema de los caminos municipales no ha sido objeto de un número significativo de trabajos y estudios doctrinales, todo y la importancia de los más recientes que se destacan en el artículo. Frente a lo anterior, la experiencia y la jurisprudencia ponen de manifiesto lo cotidiano de los conflictos y las dificultades para afrontarlos desde los entes locales (que a menores recursos y menos población más conflictos tiene planteados en esta materia). El trabajo que publicamos afronta la cuestión e intenta aportar datos y criterios en materia de caminos pero también respecto de la potestad reglamentaria de los entes locales, al hilo de los problemas que plantea la regulación por las ordenanzas examinadas del derecho de propiedad y de la tipificación de infracciones y sanciones.

Finalmente, destacar el examen que se realiza del régimen jurídico de las servidumbres públicas de paso o de tránsito y de su utilidad, que se pone de manifiesto en una de las ordenanzas examinadas.

Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (II)

Domènec Sibina Tomàs
Profesor titular (EU)
de Derecho Administrativo de
la Universidad de Barcelona

1. La delimitación del derecho de uso y edificación en el entorno de los caminos: el contenido de las ordenanzas examinadas.

1.1. Las ordenanzas localizadas de municipios de Castilla-La Mancha. 1.2. Las ordenanzas localizadas de municipios de Cataluña. 1.3. Las ordenanzas localizadas de municipios de Aragón. 1.4. Las ordenanzas localizadas de municipios de La Rioja. 1.5. Una aproximación a la diversidad de técnicas y soluciones adoptadas.

2. La delimitación del derecho de uso y edificación en la legislación estatal de carreteras en razón de las necesidades del uso y la defensa de las carreteras.

2.1. La regulación legal. 2.2. Los bienes jurídicos protegidos por la legislación de carreteras y el alcance de la competencia de conservación y uso de las carreteras: su proyección sobre los caminos. 2.3. La jurisprudencia sobre las "limitaciones a la propiedad" establecidas en la legislación de carreteras.

3. La delimitación del derecho de uso y edificación en la legislación de carreteras autonómica.

3.1. Aplicabilidad directa y supletoria de la legislación autonómica de carreteras a los caminos municipales. 3.2. Las singularidades de las normas autonómicas de carreteras respecto de la Ley estatal de carreteras.

4. El entorno de los caminos en la legislación urbanística.

4.1. La legislación urbanística. 4.2 La jurisprudencia que acredita que la regulación del entorno de los caminos también se realiza a través del planeamiento.

5. La delimitación del derecho de uso y edificación en la legislación de caminos.

5.1. La legislación de vías pecuarias no prevé zonas de protección distintas a la de dominio público. 5.2. Las normas reguladoras de caminos y la legislación de carreteras aplicable directamente o supletoriamente a los caminos no prevén en la zona de dominio público ninguna franja adyacente a contar desde la arista exterior del camino. 5.3. Las zonas de protección previstas en las normas reguladoras de caminos. 5.3.1. La regulación de la Norma foral de carreteras y caminos de Gipuzkoa. 5.3.2. La regulación de la Ley de caminos públicos de Extremadura. 5.3.3. La regulación de la Norma foral de caminos vecinales de Alaba. 5.4. Valoración de la legislación de carreteras autonómica y de caminos, y su proyección sobre la potestad normativa local.

6. El alcance de la potestad normativa local para delimitar el derecho de uso y edificación en el entorno del camino.

6.1. La interrelación entre titularidad del dominio y la delimitación del derecho de uso y edificación del entorno. 6.2. La jurisprudencia dictada respecto de ordenanzas en la que su regulación se ampara en la titularidad del dominio y afectan a la libertad de empresa. 6.3. Criterios para delimitar la aplicación a las ordenanzas municipales de los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa. 6.4. La proyección de los anteriores criterios sobre la delimitación por vía de ordenanza del derecho de propiedad en el entorno de los caminos. 6.5. Los tribunales, mediante la interpretación sistemática de la Constitución, no aplican la reserva material a la ley en las materias reguladas por los reglamentos comunitarios y por los reglamentos de los territorios históricos. Importancia de la cuestión en la relación entre reserva material a la ley y autonomía local.

7. Las infracciones y sanciones para defender la integridad y el uso de los caminos.

7.1. El contenido de las ordenanzas examinadas. 7.2. Las cuestiones que plantea la tipificación realizada por las ordenanzas: la cobertura legal mediante la legislación sectorial, la STC 132/2001 y el proyecto de ley de medidas de modernización del gobierno local.

8. Las servidumbres de uso público: un ejemplo de su utilidad, la ordenanza de Mondragón.

8.1. El contenido de la ordenanza. 8.2. Las servidumbres públicas de paso o de tránsito en el ordenamiento vigente.

Anexo de ordenanzas localizadas.

Abreviaturas utilizadas

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local.

TRRL: Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril.

TRLMRLCat: Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril.

RBEL: Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio.

TRLCCAA: Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

LS 1992: Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio.

LUAr: Ley 5/1999, de 25 de marzo, de urbanismo de Aragón.

LUCat: Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

LOTUSCant: Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo de Cantabria.

LOTCan: Ley 9/1999, de 13 de mayo, de ordenación del territorio de Canarias.

LOUGal: Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

LOTMancha: Ley 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha.

LUCLeon: Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León.

LRSPast: Ley 3/2002, de 19 de abril, de régimen del suelo y ordenación urbanística del Principado de Asturias.

LSMur: Ley 1/2001, de 24 de abril, del suelo de la Región de Murcia.

LSMad: Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid.

LFOTUNav: Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra.

LUCVal: Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de urbanismo de la Comunidad Valenciana.

LSEx: Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura.

LCamEx: Ley 2/2001, de 15 de noviembre, de caminos públicos de Extremadura.

NFCaViz: Norma foral 2/1993, de 18 de febrero, de regulación de las carreteras del Territorio Histórico de Bizkaia (BOTHBizkaia, número 55, de 8 de marzo).

NFCarAl: Norma foral 20/1990, de 25 de junio, de carreteras del Territorio Histórico de Alaba (BOTHAl, número 78-suplemento, de 9 de julio de 1990).

NFCVCamAl: Norma foral 6/1995, de 13 de febrero, de conservación y vigilancia de caminos rurales del Territorio Histórico de Alaba (BOTHAl, número 24, de 27 de febrero).

NFCarCamG: Norma foral 17/1994, de normas reguladoras de carreteras y caminos del Territorio Histórico de Guipuzkoa (BOTH de Guipuzkoa, número 229, de 2 de diciembre de 1994).

LCa: Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras.

RLCa: Reglamento general de la Ley de carreteras, aprobado por el Real decreto 1812/1994, de 2 de septiembre.

LCaAr: Ley 8/1998, de 17 de diciembre, de carreteras de Aragón.

LCaAn: Ley 8/2001, de 12 de julio, de carreteras de Andalucía.

LCaCat: Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras de Cataluña.

LCaCan: Ley 9/1991, de 8 de mayo, de carreteras de Canarias.

LCaCMancha: Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de carreteras de Castilla-La Mancha.

LCaCLEón: Ley 2/1990, de 16 de marzo, de carreteras de la Comunidad de Castilla y León.

LCaEx: Ley 7/1995, de 27 de abril, de carreteras de Extremadura.

LCaGal: Ley 4/1994, de 14 de septiembre, de carreteras de Galicia.

LCaIBaleares: Ley 5/1990, de 24 de mayo, de regulación de las carreteras de las Islas Baleares.

LCaRioja: Ley 2/1991, de 7 de marzo, de carreteras de La Rioja.

LCaPAst: Ley 13/1986, de 28 de noviembre, de carreteras del Principado de Asturias.

LCaMur: Ley 9/1990, de 27 de agosto, de carreteras de Murcia.

LCaNav: Ley foral 11/1986, de 10 octubre, de carreteras de Navarra.

LCaVal: Ley 6/1991, de 27 de marzo, de carreteras de la Comunidad Valenciana.

1. La delimitación del derecho de uso y edificación en el entorno de los caminos: el contenido de las ordenanzas examinadas

Esta es la segunda parte¹ del comentario en el que analizamos el abanico de propuestas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público, realizadas en las ordenanzas que localizamos en los boletines oficiales de acceso público, que fueron ya relacionadas en el anexo de la primera parte del comentario, y que ahora, para mayor comodidad del lector, volvemos a relacionar en el anexo. Como dijimos, es una muestra no exhaustiva, pero sí representativa, de los problemas que plantea a los municipios la red de caminos del término municipal, normalmente ya existente, que tiene como finalidades principales permitir el acceso a parajes y núcleos de población dispersos, a otras localidades o a la red de carreteras, y a explotaciones agrarias y fincas rústicas.

Esta diversidad de finalidades la queremos destacar de nuevo por su relevancia en la primera cuestión que vamos a analizar: la delimitación del derecho de uso y edificación en el entorno de los caminos. Esta delimitación tiene como fundamento garantizar la permanencia de la afectación del camino al dominio público. Para garantizar la afectación debe protegerse permanentemente la integridad de los elementos funcionales que constituyen la zona de dominio público y garantizarse permanentemente la seguridad del tráfico de vehículos o personas. En palabras de algunas de las ordenanzas que examinaremos, "garantizar la visibilidad y seguridad del tráfico y evitar la degradación o deterioro de los caminos". Además, con la delimitación del derecho de propiedad se pretende también proteger los valores medioambientales del entorno y, en su caso, facilitar futuras ampliaciones de la zona de dominio público.

El fundamento de la delimitación del derecho de uso y edificación explica la importancia de diferenciar el

tipo de caminos. La necesidad y el alcance de la delimitación del derecho de propiedad en el entorno, para garantizar la permanencia de la afectación del camino al dominio público, son distintos: *a)* según el camino permita el acceso a poblaciones, a instalaciones agrícolas o ganaderas, a fincas forestales, a espacios naturales, a zonas de esparcimiento o a zonas de interés paisajístico o histórico-artístico;² y *b)* según cual sea el uso común general, que, como ya examinamos, en algunas ordenanzas se circunscribe a un tipo de vehículos a motor, para evitar el deterioro en el camino que puedan causar el paso de los vehículos mas pesados, o excluyen a todos los vehículos a motor y configuran el paso de estos vehículos como un uso común especial.

Un número desatacado de las ordenanzas que hemos examinado (dieciséis de las veintisiete localizadas), delimitan el ejercicio del derecho de uso y edificación a los propietarios de las fincas limítrofes o contiguas a los caminos. La falta de una sistematización legislativa del régimen de los caminos municipales de uso público (salvo en Castilla-La Mancha, Extremadura y los territorios históricos de Alaba y Guipuzkoa) comporta que sea diversa la técnica utilizada y diversas las concretas limitaciones al ejercicio del derecho de uso y edificación. Esa misma diversidad explica que las agrupemos por comunidades autónomas.

1.1. Las ordenanzas localizadas de municipios de Castilla-La Mancha

Las ordenanzas de Don Fadrique,³ Cabezasmesada y Borox (Toledo) no definen por criterios funcionales los caminos objeto de regulación (los relacionan en un anexo), regulan la zona de dominio público, detallan las condiciones que debe cumplir el vallado de las fincas y las instalaciones de riego y precisan la distancia mínima

1. La primera parte se publicó en el QDL, 2, páginas 181 a 195 (versión en castellano), páginas 170 a 183 (versión catalana).

2. Esta distinción puede observarse en las normas reguladoras de las subvenciones para el mantenimiento, conservación y construcción de caminos. Citaremos dos a modo de ejemplo:

—La Orden foral de Navarra 145/1986, de 12 de febrero, sobre coeficiente del déficit de infraestructuras de caminos locales aplicable a expedientes de ayudas con cargo al Fondo de Participación en impuestos de Navarra, asigna un coeficiente de 6 a los caminos que sirven al acceso a núcleos de población (y pondera el coeficiente en función del déficit y el estado de la red de caminos que den servicio a estos núcleos), un coeficiente 3 a los accesos para uso preferentemente agrícola y ganadero y un coeficiente 1 a los accesos a zonas de esparcimiento (en los que incluye los accesos a zonas de interés paisajístico o histórico-artístico).

—El Decreto 87/1994, de 13 de julio, del Gobierno de las islas Baleares, que regula el marco jurídico de colaboración entre los ayuntamientos y sus mancomunidades con la comunidad autónoma en materia de caminos rurales. El artículo 3 establece que las entidades local presentarán a la Consejería de Agricultura y Pesca una priorización de los caminos rurales de su territorio de acuerdo con los siguientes criterios: *a)* Importancia estratégica del cami-

no, en el sentido de facilitar el acceso a las explotaciones agrarias y a las explotaciones de turismo rural, a los núcleos urbanos más próximos y a la red general de carreteras. *b)* Caminos que vinculen y faciliten la comunicación entre núcleos urbanos próximos.

3. Haremos referencia expresa a la ordenanza de Don Fadrique pero las tres tiene un contenido muy similar. Los artículos 5.3, 6 y 7 de la ordenanza de la Villa de Don Fadrique establecen:

"5. *Uso y defensa de los caminos* [...]. 5.3. El ancho de la zona de dominio público se establece en una franja de terreno capaz de soportar, como mínimo, una calzada de 6,00 metros de anchura en todos los caminos de primer orden y de 4,00 metros de anchura en todos los caminos de segundo orden y márgenes de 0,50 metros a ambos lados de la misma, en donde sean necesarias, o bien las correspondientes intersecciones del terreno natural del talud de desmonte, del terraplén, etcétera.

"6. *Línea límite de edificación*. A ambos lados de los caminos se establece la línea límite de edificación, desde la cual hasta el camino queda prohibido cualquier tipo de obras de construcción, reconstrucción o ampliación, a excepción de las que resultasen imprescindibles para la conservación y el mantenimiento de las construcciones existentes. La línea de edificación se sitúa a una distancia de 15,00 metros, medidos en horizontal

a la que han de separarse de los caminos, las plantaciones arbóreas y el tendido de las líneas de las redes de servicios.

La ordenanza de Sotorribas⁴ (Cuenca), que define los caminos cuya construcción y defensa son su objeto de regulación, por su condición de caminos municipales, remite a las normas subsidiarias urbanísticas para determinar las líneas de edificación y vallado, y establece la distancia respecto del eje del camino a que deben instalarse las instalaciones de riego y las plantaciones de árboles (artículo 591 del Código civil).

Se trata de municipios de Castilla-La Mancha, comunidad autónoma en la que, como ya examinaremos, la LCarCMancha se aplica a los caminos. Esta ley de carreteras no establece una zona de protección o de servidumbre para estas vías y, de hecho, la protección de los caminos se regula indirectamente en la legislación urbanística, en concreto en la LOTCMancha, que establece, entre otras determinaciones de aplicación, la línea de edificación a quince metros del eje de los caminos.⁵

1.2. Las ordenanzas localizadas de municipios de Cataluña

Las ordenanzas de La Pobla de Cérvoles, La Floresta, Albesa, Omellons y Massalcoreig (Lleida) en unos casos definen los caminos que regulan por su titularidad y en otros los definen por criterios funcionales.⁶ Tienen en común que distinguen entre zona de servidumbre, de policía y de dominio público (sin definirla expresamente); fijan la línea de edificación y las condiciones y distancias respecto de los caminos, de las vallas y de los cerramientos de las fincas, de las distintas instalaciones y actividades y de las plantaciones arbóreas. Estas ordenanzas, sin establecer un régimen jurídico totalmente uniforme, tienen como hilo conductor de la delimita-

ción del derecho de uso y edificación la defensa de la seguridad del tráfico y evitar el deterioro del camino. Es de interés destacar de ellas los siguientes aspectos:

–La zona de dominio público es la ocupada por el camino (sus elementos funcionales o los directamente vinculados con el paso de vehículos o personas).

–Cuando establecen una zona de servidumbre, la definen como una franja de un metro en horizontal desde el límite del camino, que tiene por finalidad facilitar y permitir el paso a los servicios de vigilancia, inspección, mantenimiento y reparación de los caminos. Se establece el derecho de los propietarios, de dudoso contenido objetivo, de sembrar, plantar y cultivar especies no arbóreas, siempre que no impidan el paso a los servicios indicados (que no sabemos con qué medios y en qué condiciones pasan por la zona de servidumbre).

–Cuando se establece una zona de policía (que ocupa una franja de uno a tres metros a contar desde el límite del camino) se prohíben las construcciones de todo tipo; las plantaciones de árboles y arbustos (salvo, en algunos casos, si son cultivos anuales); las extracciones de áridos y la alteración del relieve natural del terreno y, en general, cualquier otra actividad que pueda afectar a la visibilidad y seguridad del tráfico o que puedan ser causa de degradación o deterioro de los caminos.

–En ocasiones, sin denominar la franja lateral como de policía, de afección o de protección, establecen implícitamente una zona de protección en la que se prohíben determinadas actividades y construcciones (por ejemplo la ordenanza de Albesa que regula la zona de dos metros y medio que linda con los caminos).

–En todas las ordenanzas se regula con cierta minuciosidad las distancias a las que pueden realizarse plantaciones, instalarse los mecanismos de riego, realizar movimientos de tierra, construir líneas aéreas y conduc-

desde el eje de los caminos y 5,00 metros a linderos [artículo 55.2.c) de la LOTAU].

“7. Línea límite de vallado, plantaciones, instalaciones de riego, líneas eléctricas, etc. A ambos lados de los caminos se establece la línea límite de vallado con materiales no opacos, plantaciones arbóreas, instalación de riegos, líneas eléctricas, líneas telefónicas, etc., situándose a una distancia de 8 metros medidos en horizontal desde el eje de los caminos. Si los elementos de los vallados fuesen opacos, el vallado se situará a una distancia mínima de 10,00 metros en horizontal desde el eje de los caminos. Se procurará siempre que los regadíos no afecten a los elementos de los caminos, debiendo adoptarse todas las medidas de protección que sean precisas. Los aspersores colocados junto a los caminos estarán previstos de pantalla protectora, en evitación de perjuicios a personas, vehículos y la propia vía pública.”

4. El artículo 8 de la ordenanza de Sotorribas establece:

“1. A ambos lados del camino se establecen unas líneas límites de edificación, desde las cuales y hasta el camino no podrá realizarse obras de construcción, reconstrucción, ampliación o vallado sin haber obtenido la licencia correspondiente por el ayuntamiento. La línea límite viene establecido en las normas subsidiarias de planeamiento municipal, en vigor.

“2. Los elementos de riego de fincas agrícolas se colocarán, al menos, a una distancia de cinco metros desde el eje del camino. Los aspersores colocados junto a los caminos estarán provistos de pantalla protectora, en evitación de perjuicio a personas, vehículos y a la propia vía pública.

“3. Las plantaciones de árboles y arbustos junto a los caminos se regirán por lo dispuesto en el artículo 591 del Código civil (distancia mínima a la separación entre el camino y la finca de dos metros para árboles altos o 0,50 metros para arbustos). En el caso de cepas de viñas, se debe dejar separación suficiente, para que el tractor pueda volver sin entrar en el camino.”

5. No es la única legislación urbanística que protege los caminos, como veremos en los próximos apartados. El artículo 55 de la LOTCMancha, que se intitula “Las determinaciones de ordenación de directa aplicación y las de carácter subsidiario”, en lo que aquí interesa, establece: “1. Todos los actos de aprovechamiento y uso del suelo rústico deberán ajustarse, en todo caso, a las siguientes reglas: a) No podrán, en los lugares de paisaje abierto, ni limitar el campo visual, ni romper el paisaje, así como tampoco desfigurar, en particular, las perspectivas de los núcleos e inmediaciones de las carreteras y los caminos. b) [...]. 2. En defecto de determinaciones expresas distintas del planeamiento territorial y urbanístico, las construcciones y edificaciones deberán observar las siguientes reglas: a) [...]. c) Retranquearse, como mínimo, cinco metros a linderos y quince metros al eje de caminos o vías de acceso. d) [...]”

6. Las ordenanzas de Omellons y La Floresta establecen que su ámbito de aplicación son los caminos y vías rurales de titularidad municipal y su zona de influencia; las de Massalcoreig y Albesa los definen como “las vías de titularidad municipal que facilitan la comunicación con pueblos, pequeños núcleos urbanos, con fincas rústicas, y que sirven fundamentalmente a los fines propios de la agricultura y de la ganadería”, y la ordenanza de La Pobla de Cérvoles añade, a la anterior definición, las zonas boscosas.

ciones de servicios de interés general, todo tipo de vallas (de obra, diáfanos, con arbustos, etc.) y, en general, edificaciones.

Se trata de ordenanzas que reproducen en algunos aspectos el esquema de la legislación de carreteras y de caminos, con variaciones, sin embargo, sustanciales, de contenido y terminológicas.

La ordenanza de La Nou de Gaià (Tarragona) define los caminos por su titularidad municipal y regula la zona de servidumbre (seis y cuatro metros contados desde el eje del camino) que, a pesar de su nombre, se configura como una línea de edificación, dado que prohíbe todo tipo de construcciones, incluidas las vallas, en esta zona.

La ordenanza de Montgai (Tarragona) define los caminos por su titularidad municipal y define la zona de dominio público y la servidumbre (que asegura, según la ordenanza, la visibilidad y el paso de las instalaciones de las redes de servicios). De hecho, la arista exterior de la zona de servidumbre es la línea de edificación, y en la denominada zona de servidumbre se regulan la plantación de árboles y los movimientos de tierra, y se permiten las vallas diáfanos que no sean de obra.

Las ordenanzas de Vilabella y Constantí (Tarragona), aunque definen los caminos por criterios distintos, coinciden en la regulación de las distancias a que pueden construirse edificaciones, muros y vallas de obra.

Las ordenanzas examinadas en este apartado se aprueban por municipios catalanes y debe advertirse: *a)* que la LCarCat⁷ excluye de su ámbito de aplicación de manera expresa las pistas forestales y los caminos rurales; *b)* que la LUCat no realiza una regulación específica de la protección de los caminos, salvo la regulación del tipo de autorización que se precisa para la construcción de los caminos; *c)* que el legislador autonómico no ha regulado con carácter general los caminos públicos, y *d)* que salvo lo previsto en la legislación de régimen local la legislación aplicable es dispersa y no regula directamente las zonas de protección de los caminos. Las normas más destacadas de esta legislación dispersa son la

7. En el ámbito de circulación vial y de carreteras la regulación se completa con el Decreto 311/1993, de 25 de octubre, por el que se aprueba el Plan de carreteras de Cataluña, la Ley 14/1997, de 24 de diciembre, de creación del Servicio Catalán de Tráfico, y el Decreto 130/1998, de 12 de mayo, sobre medidas de prevención en las carreteras.

8. El artículo 8 de la ordenanza de Biescas establece: "*a)* No podrán construirse edificaciones, vallas, etc., a una distancia inferior a tres metros del eje del camino siendo obligatoria la previa autorización del ayuntamiento y la fijación de la correspondiente alineación. *b)* En el caso que alguna rama o cualquier tipo de obstáculo sobresalga de la vertical de la linde del camino, el ayuntamiento lo comunicará al propietario y sin más aviso se procederá a su corte, pasando el coste de los gastos a los propietarios. *c)* [...]. *e)* Todas las nivelaciones o movimientos de tierra que se realicen en las fincas lindantes con los caminos estarán sujetas a la previa licencia municipal. Cuando se realicen nivelaciones o desmontes que supongan la creación de 'cortadas' o desniveles, no podrán realizarse a una distancia inferior a cinco metros del eje del camino, y si el desnivel que se produzca fuera superior a un metro, deberá construirse un talud con una longitud igual a la del desnivel producido. *f)* [...]."

Ley forestal catalana 6/1988, de 30 marzo, que incluye en el concepto de monte las pistas y los caminos forestales, la Ley catalana 9/1995, de 27 de julio, de acceso motorizado al medio natural, y la Ley catalana 5/2003, de 8 de mayo, de medidas de prevención de los incendios forestales en las urbanizaciones sin continuidad inmediata con la trama urbana.

1.3. Las ordenanzas localizadas de municipios de Aragón

La ordenanza de Biescas (Huesca) se caracteriza por configurar el paso con vehículos a motor por los caminos de acceso al medio natural, como un uso común especial que precisa de autorización, cuya obtención conlleva el derecho al uso de la llave para abrir las vallas que los cierran. En lo que aquí interesa, regula la distancia del camino a la que pueden construirse las vallas y las edificaciones y realizarse los movimientos de tierras.⁸

La LCAr excluye de manera expresa de su ámbito de aplicación a los caminos municipales y a todas las vías de comunicación que no puedan incluirse en el concepto de carreteras (a saber, "vías de dominio público proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles"), y la legislación urbanística de Aragón no establece una regulación específica de protección de los caminos.

1.4. Las ordenanzas localizadas de municipios de La Rioja

Las ordenanzas de Tricio y Hormilleja (La Rioja) definen los caminos por su titularidad municipal y por tratarse de vías de comunicación que facilitan la comunicación directa entre los diferentes términos del municipio y que sirven fundamentalmente a los fines de la agricultura, exceptuándose, por tanto, las servidumbres típicas de fincas aisladas, que se regirán por lo dispuesto en el Código civil. Ambas ordenanzas regulan la distancia de plantación de árboles y viñas y se remiten a la legislación urbanística para el establecimiento de retranqueos y condiciones de las edificaciones.⁹

9. La ordenanza de Tricio establece:

"Artículo 8.º. Accesos a las fincas. 1. Los accesos a las fincas deberán contar con la previa autorización municipal, corriendo todos los gastos de construcción, mantenimiento y sustitución a cargo de los beneficiarios de los mismos.

"Artículo 9.º. Plantaciones. Las plantaciones arbóreas no podrán realizarse a una distancia menor a 8 metros y las viñas a menos de 4 metros respecto del eje de los caminos

"Artículo 10.º. Retranqueos. 1. El retranqueo mínimo de edificaciones, vallados, alambradas y carteles a los caminos se ajustará a lo establecido en el planeamiento urbanístico vigente. Los vallados, alambradas y carteles se retranquearán a 50 cm del medianil. 2. La altura máxima del cerramiento deberá ajustarse en cuanto a las características del mismo a lo establecido en la normativa urbanística vigente en el municipio.

"Artículo 11.º. Autorizaciones. La construcción de accesos a las fincas particulares, los cerramientos, así como la realización de obras de nivelación o movimientos de tierras en las fincas colindantes a los caminos precisarán autorización expresa del ayuntamiento.

De acuerdo con la LCarRioja¹⁰ los caminos agrícolas proyectados y construidos fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles, desvinculados de concentraciones parcelarias, son una carretera y se les aplica la ley. La legislación urbanística, en concreto, la LOTURioja, no realiza una regulación específica de protección de los caminos.

1.5. Una aproximación a la diversidad de técnicas y soluciones adoptadas

En la anterior descripción hemos querido destacar la diversidad de alternativas: *a)* reproducir las zonas de protección de la legislación de carreteras, aunque dotándolas de un alcance mucho más reducido y de un régimen distinto; *b)* regular tan sólo las vallas y aquellas actividades que no precisan necesariamente de licencia urbanística (setos, plantación de árboles o instalaciones de riego); *c)* delimitar una franja en la que se prohíben todo tipo de edificaciones, y *d)* remitirse a lo que establece el planeamiento urbanístico.

La cuestión de fondo, de qué modo la existencia del camino condiciona la propiedad, no es baladí, y, a su vez, es una fuente de conflictos, en especial, en lo que se refiere a las vallas y a las plantaciones de árboles.

Las regulaciones establecidas en las ordenanzas ponen de manifiesto que las actividades y construcciones que se realizan en el entorno del camino no son indiferentes para la seguridad vial, la conservación y gestión del camino y su eventual ampliación, y que el legislador autonómico, quizá por tratarse de vías en su mayoría de titularidad municipal, bien ha sido poco sensible a la cuestión, bien entiende que corresponde regularla a los municipios.

Las ordenanzas también ponen de manifiesto que se trata de técnicas de delimitación del derecho de uso y edificación que se llevan a cabo, bien a través de normas (ordenanzas que se dictan en ejercicio de la potestad reglamentaria local, amparadas en las competencias municipales sobre conservación de los caminos), bien a través de planes (que se dictan en ejercicio de la potes-

tad de planificación, amparada en las competencias municipales sobre urbanismo). Para ejemplificar el razonamiento, la regulación se materializa en ordenanzas que regulan los caminos municipales de uso público, en ordenanzas municipales de edificación y en planes urbanísticos.

Por otro lado, la falta de sistematización y de un marco jurídico de referencia de la delimitación del derecho de propiedad en el entorno del camino conlleva que la determinación del alcance de los conceptos utilizados en las ordenanzas (como zona de servidumbre o de protección del camino) exija examinar las ordenanzas de manera individualizada para poder determinar el régimen aplicable.

2. La delimitación del derecho de uso y edificación en la legislación estatal de carreteras en razón de las necesidades del uso y la defensa de las carreteras

2.1. La regulación legal

La LCa establece en la sección 1.^a del capítulo III (“Uso y defensa de las carreteras”) el régimen que la ley denomina “de las limitaciones de la propiedad”. Estas limitaciones (de manera más precisa, la delimitación del derecho de propiedad en razón de las necesidades del uso y la defensa del dominio público viario) se estructuran a partir de la definición de la zona de dominio público,¹¹ la zona de servidumbre, la zona de afección,¹² la línea de edificación y la prohibición de publicidad.¹³

La zona de servidumbre es la que precisa de mayor rigor conceptual para determinar sus efectos sobre la propiedad. Se define, en el artículo 22 de la LCa, como las “dos franjas de terreno a ambos lados de las carreteras, delimitadas interiormente por la zona de dominio público y exteriormente por dos líneas paralelas a las aristas exteriores de la explanación a una distancia de veinticinco metros en autopistas, autovías y vías rápidas, y de ocho metros en el resto de las carreteras en las que *no podrán realizarse obras ni se permitirán más usos que aquellos que sean compatibles con la seguridad*

¹⁰ Artículo 12.º. Otras limitaciones. Todos los propietarios de las fincas limítrofes a los caminos tendrán la obligación de construir, mantener y limpiar debidamente las cunetas colindantes a sus propiedades. Cuando exista desnivel entre el camino y las fincas, el talud tendrá una pendiente máxima del 50%.”

¹¹ La regulación de las carreteras se completa con la Ley 2/1998, de 11 de febrero, de aprobación y autorización del Convenio de cooperación con Navarra en materia de infraestructuras viarias, y la Ley 8/2000, de 28 de diciembre, sobre el Plan regional de carreteras.

¹² La zona de dominio público, de acuerdo con el artículo 21 de la LCa, comprende “los terrenos ocupados por las carreteras estatales y sus elementos funcionales y una franja de terreno de ocho metros de anchura en autopistas, autovías y vías rápidas, y de tres metros en el resto de las carreteras a cada lado de la vía, medida en horizontal y perpendicularmente al eje de la misma, desde la arista exterior de la explanación”.

¹³ La zona de afección se define en el artículo 23 de la LCa como las “dos franjas de terreno a ambos lados de la carretera, delimitadas interiormente

por la zona de servidumbre y exteriormente por dos líneas paralelas a las aristas exteriores de la explanación [...] *en la que para ejecutar cualquier tipo de obras e instalaciones fijas o provisionales, cambiar el uso o destino de las mismas y plantar o talar árboles se requerirá la previa autorización del Ministerio de Fomento [...]*”, y respecto de “las construcciones e instalaciones ya existentes [...] podrán realizarse obras de reparación y mejora [...], siempre que no supongan aumento de volumen de la construcción y sin que el incremento de valor que aquéllas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios”.

¹³ La línea de edificación es “la línea límite de edificación, desde la cual hasta la carretera queda prohibido cualquier tipo de obra de construcción, reconstrucción o ampliación, a excepción de las que resultaren imprescindibles para la conservación y mantenimiento de las construcciones existentes” (artículo 25 de la LCa) y están prohibidos los elementos de publicidad visibles desde la zona de dominio público (artículo 24 de la LCa).

vial". Su régimen sustantivo delimita el derecho de propiedad a tenor de los parámetros siguientes: a) puede ser utilizada por el titular de la carretera;¹⁴ b) la utilización debe ser comunicada previamente en algunos casos;¹⁵ c) siempre serán indemnizables los daños y perjuicios que se causen con la ocupación,¹⁶ y d) el derecho de uso y edificación se delimita en función de la seguridad vial y de la posibilidad de ocupación.¹⁷

La zona de servidumbre y la que queda libre de edificaciones sirve como zona de reserva para futuras ampliaciones, como acredita el artículo 26 de la LCa cuando establece la posibilidad de expropiar estos terrenos "siempre que existiese previamente un proyecto aprobado de trazado o de construcción para reparación, ampliación o conservación de la carretera que la hiciera indispensable o conveniente".¹⁸

Finalmente, recordar, como argumenta Carrillo Donaire, que la zona de servidumbre no impone una verdadera servidumbre pública. Este autor, al estudiar el régimen sustantivo de las zonas de servidumbre establecidas en la legislación de los distintos sectores de dominio público, delimita la categoría de las servidumbres

prediales establecidas para proteger el destino del dominio público o para favorecer su acceso o utilización, y excluye de esta categoría a las servidumbres meramente nominales. Afirma: "[...] estas nominales 'zonas de servidumbre' no son 'verdaderas' servidumbres públicas sino meras 'delimitaciones' del derecho de propiedad; lo cual no impide —como ya advertía Jezzè en una trilogía de estudios sobre la situación de los predios ribereños al dominio público— que sobre dichas zonas puedan imponerse auténticas servidumbres administrativas (u otras limitaciones, típicamente ocupaciones temporales). De hecho, esta posibilidad potencial es la que explica el verdadero sentido de su designación como 'zonas de servidumbre', es decir, como terrenos especialmente predestinados para ser gravados por alguna servidumbre pública."¹⁹

Esta argumentación es aplicable a las zonas de servidumbre de carreteras y caminos. Por tanto, ningún sentido tendrá delimitar una zona de servidumbre de un camino, si no se justifica y se prevé la posibilidad potencial de ocupar los terrenos, para satisfacer las necesidades de conservación de los caminos y vías rurales.²⁰

14. El artículo 78.3 del RLC regula los usos que se pueden imponer al servicio de la carretera en la zona de servidumbre: a) encauzamiento y canalización de aguas que discurran por la carretera; b) depósito temporal de objetos que se encuentren sobre la plataforma de la carretera y constituyan peligro u obstáculo para la circulación; c) estacionamiento temporal de vehículos o remolques que no puedan circular por cualquier causa; d) condiciones vinculadas a servicios de interés general, si no existe posibilidad de llevarlas más lejos de la carretera; e) almacenamiento temporal de materiales, maquinaria y herramientas destinadas a las obras de construcción, reparación o conservación de la carretera, y f) otros análogos que contribuyan al mejor servicio de la carretera, tales como caminos agrícolas o de servicio, y zonas de aparcamiento.

15. A tenor del artículo 79 del RLCa:

—En los supuestos enunciados como a), b) y c) en la nota anterior, la utilización temporal de los terrenos comprendidos en la zona de servidumbre no requerirá la previa notificación ni al poseedor de los terrenos afectados.

—En los casos previstos en los párrafos d), e) y f), la Dirección General de Carreteras notificará con anterioridad al propietario del inmueble afectado y al arrendatario u otros poseedores con título válido en Derecho, la resolución de ocupar los terrenos necesarios, con expresión de la superficie y del plazo previsto, finalidad a la que se destina y designación del beneficiario, a los efectos de que en un plazo de quince días manifieste lo que estime conveniente.

16. Serán indemnizables la ocupación de la zona de servidumbre y los daños y perjuicios que se causen por su utilización y, a tal efecto, será de aplicación lo previsto en la Ley de expropiación (artículo 22.4 de la LCa).

17. De acuerdo con el artículo 80 del RLCa:

—El uso y la explotación de los terrenos comprendidos dentro de la zona de servidumbre por sus propietarios o titulares de un derecho real o personal que lleve aparejado su disfrute estarán limitados por su compatibilidad con las ocupaciones y los usos que efectúen la Dirección General de Carreteras o las personas autorizadas, sin que esta limitación genere derecho a indemnización.

—Los propietarios o titulares de otros derechos reales o personales sobre los terrenos afectados por las servidumbres necesarias para garantizar el funcionamiento y explotación de la carretera podrán realizar cultivos sin necesidad de autorización, pero no obras o instalaciones que impidan la efectividad de la servidumbre o que afecten a la seguridad de la circulación vial. Tampoco se podrán realizar plantaciones, obras o instalaciones que impidan la efectividad de esas servidumbres o incidan en la seguridad de la circulación vial.

18. El artículo 26 de la LCa establece que "en la zona de servidumbre y en la comprendida hasta la línea límite de edificación, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo podrá proceder a la expropiación de los bienes existentes, entendiéndose implícita la declaración de utilidad pública, siempre que existiese previamente un proyecto aprobado de trazado o de construc-

ción para reparación, ampliación o conservación de la carretera que la hiciera indispensable o conveniente".

19. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*. Lex Nova, Valladolid, 2003, páginas 136 y 137.

20. La vinculación entre zona de servidumbre y la posibilidad de futuras ocupaciones o de la constitución futura de verdaderas servidumbres públicas prediales no es siempre el motivo que justifica la delimitación de zonas de servidumbre de los caminos. Sirva de ejemplo el Decreto foral de Navarra 290/1988, de delimitación definitiva del Camino de Santiago, que con el nombre de zona de servidumbre establece una zona de protección en la que restringe los usos y edificaciones.

En el artículo 1 se establece: "El Camino de Santiago, a su paso por Navarra, queda delimitado físicamente, de modo definitivo, conforme al trazado señalado en la documentación gráfica que, convenientemente diligenciada, obra en el expediente correspondiente. 2. En todo caso, el Camino de Santiago queda constituido por los terrenos que ocupe y sus elementos funcionales en una franja de tres metros de ancho. En los casos en que el Camino discorra por puentes, formarán también parte de aquél los soportes de la estructura."

El artículo 2 establece, a su vez, que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del patrimonio histórico se establece el siguiente régimen provisional de protección urbanística, aplicable en las clases de suelo no urbanizable y urbanizable no programado: en el espacio ocupado por el Camino y en cuanto a la posibilidad de tráfico rodado, el destino del Camino será el de sendero peatonal y ecuestre de largo recorrido. Queda prohibido, por tanto, el tráfico rodado de vehículos de motor excepto en aquellos tramos que antes del 22 de abril de 1988 sirvieran como vial de acceso a fincas cuyo único o más directo acceso sea el Camino."

Para establecer finalmente, a pesar que no admite el tráfico rodado, en el apartado 2 del artículo 2, "una zona de servidumbre de tres metros medidos desde cada borde exterior de dicho Camino, salvo en aquellos tramos en que éste discorra tangencialmente a una carretera, en cuyo caso la zona de servidumbre de tres metros se establecerá para el borde del Camino opuesto a la carretera". La limitaciones de la zona se establecen en el apartado 3 del mismo artículo en estos términos: "3. En dicha zona de servidumbre serán de aplicación las siguientes determinaciones: a) Se podrá plantar arbolado e instalar los demás elementos complementarios al Camino. b) Actividades no constructivas: —Quedan prohibidas la explotación minera, la extracción de gravas y arenas, las canteras y la corta a hecho. —Podrán autorizarse el resto de actividades que impliquen movimiento de tierras. c) Actividades constructivas: —Podrán autorizarse las infraestructuras. —Quedan prohibidas todas las demás."

La delimitación del derecho de propiedad, en razón de la defensa de la carretera se cierra en el RLCa, que establece normas sustantivas sobre las posibilidades de uso y edificación en todas las zonas de protección y respecto de las plantaciones y talas de arbolado, tendidos aéreos, conducciones subterráneas, obras subterráneas, cruces subterráneos, cerramientos, instalaciones colindantes con la carretera, instalaciones industriales, agrícolas y ganaderas, movimientos de tierra y explanaciones, pasos elevados, pasos interiores y vertederos.

El primer párrafo del artículo 94 del RLCa²¹ establece que la policía demanial de carreteras pretende evitar daños y perjuicios a la infraestructura de la carretera y a sus elementos funcionales, preservar la seguridad de la circulación vial y la adecuada explotación de la vía, y garantizar las condiciones medioambientales del entorno.

Estos objetivos e intereses generales que pretende salvaguardar la legislación de carreteras se concretan, en el precepto reglamentario, para cada tipo de obra y actividad. Interesa destacar, a los efectos de ponderar la proyección de su régimen sobre los caminos, las siguientes prescripciones:

—Las plantaciones de arbolado sólo se podrán autorizar en zonas de servidumbre y afeción, siempre que ni perjudiquen a la visibilidad en la carretera, ni a la seguridad de la circulación vial.

—Las talas de arbolado se denegarán salvo que el arbolado perjudique a la carretera, o a sus elementos funcionales, o a la seguridad de la circulación vial (se trata, por tanto, de preservar las condiciones medioambientales).

—Los tendidos aéreos se autorizarán preferentemente detrás de la línea límite de edificación.

—Las conducciones subterráneas sólo se autorizarán por la zona de dominio público, con carácter excepcional, si la prestación de un servicio público de interés general lo exigiere, y por la zona de servidumbre, cuando no haya posibilidad de llevarlas fuera de la misma, con la obligación, en todo caso, de situarlas lo más lejos posible de la carretera.

—Las obras subterráneas que supongan una edificación (tales como garajes, almacenes, piscinas o similares) no se autorizarán, en ningún caso, delante de la línea límite de edificación.

—Los cerramientos totalmente diáfanos, sobre piquetes sin cimientado de fábrica, no están totalmente prohibidos en la zona de servidumbre (“se podrán autorizar”, señala el artículo 94 del RLCa), y los cerramientos de otro tipo sólo se autorizarán exteriormente a la línea límite de edificación.

—La reconstrucción de cerramientos existentes se hará con arreglo a las condiciones que se impondrán si fueran de nueva construcción, salvo las operaciones de mera reparación y conservación.

—Las instalaciones colindantes con la carretera deberán situar las edificaciones siempre detrás de la línea límite de edificación; en la zona de servidumbre se podrán autorizar excepcionalmente zonas pavimentadas para viales o aparcamiento, y delante de la línea de edificación no se autorizarán otras obras que las necesarias para viales, aparcamientos, isletas o zonas ajardinadas.

—A las instalaciones industriales, agrícolas y ganaderas se les impondrán las condiciones específicas para evitar las molestias o los peligros que la instalación, o las materias de ella derivadas, puedan producir a la circulación, así como para evitar perjuicios a las características medioambientales del entorno de la carretera.

—Los movimientos de tierras y explanaciones se podrán autorizar en las zonas de servidumbre y afeción, siempre que no sean perjudiciales para la carretera o su explotación, por modificación del curso de las aguas, reducción de la visibilidad, o cualquier otro motivo.

De esta regulación se desprende, sin perjuicio del concreto ámbito objetivo del RLCa, que el arbolado; las instalaciones y las canalizaciones de servicios públicos, de interés público o de interés general; las vallas y los cierres de fincas; los movimientos de tierra, todo tipo de edificaciones y las instalaciones industriales o comerciales, cuando se realizan en los elementos funcionales o en el entorno de una vía de dominio público abierta a la circulación de vehículos, pueden afectar, bien a la seguridad de la circulación, bien a la integridad y conservación del bien. Esta conclusión es válida, en cuanto a la integridad y conservación del bien, para todo tipo de caminos, y debe matizarse en cuanto a su funcionalidad para cada tipo de éstos (dado que no todos están abiertos al uso común general mediante la circulación de vehículos a motor). En cualquier caso, sin olvidar que deberemos responder, respecto de la delimitación del derecho de propiedad en el entorno de los caminos, quién de acuerdo a derecho puede hacerlo (el ente con competencia) y cómo puede hacerlo (bien mediante norma, ordenanza local; bien mediante norma con contenido en parte normativo, el plan urbanístico; o bien mediante acto general o singular), los preceptos examinados nos ayudan a saber el qué y el por qué de esa delimitación (su objeto y finalidad).

21. Artículo 94. Condiciones para el otorgamiento de autorizaciones.

En el otorgamiento de autorizaciones se impondrán las condiciones que, en cada caso, se consideren oportunas para evitar daños y perjuicios a la infraestructura de la carretera, a sus elementos funcionales, a la seguridad

de la circulación vial, a la adecuada explotación de aquélla, o las condiciones medioambientales del entorno.

Dicho de otro modo, la legislación de carreteras sirve a la finalidad instrumental de asentar los principios y los bienes jurídicos que justifican la delimitación del derecho de propiedad en el entorno de los caminos y sirve como test de razonabilidad de la regulación local. Los problemas de fondo, la competencia y la relación de las ordenanzas con la ley, también los abordaremos, pero habiendo establecido, previamente, la finalidad de la regulación.

Para concluir el examen de la regulación legal, un recordatorio: la regulación del derecho de uso y edificación establecida por la legislación de carreteras se impone al planeamiento urbanístico por su carácter de norma legal de aplicación directa. El planeamiento urbanístico sólo podrá establecer mayores limitaciones, en orden a cumplir las finalidades propias de este sector del ordenamiento, todo ello, sin perjuicio que la legislación de carreteras y la urbanística establezcan matices y excepciones, en las travesías y tramos urbanos de las carreteras, a la indicada aplicación directa y prevalencia de la legislación de carreteras y de la planificación viaria sobre las determinaciones del planeamiento urbanístico.²²

2.2. Los bienes jurídicos protegidos por la legislación de carreteras y el alcance de la competencia de conservación y uso de las carreteras: su proyección sobre los caminos

La legislación de carreteras acredita que la delimitación legal del derecho de uso y edificación en el entorno de las carreteras tiene como finalidad garantizar la seguridad vial, las condiciones medioambientales del entorno, permitir futuras ampliaciones y la conservación de la vía (evitar daños y perjuicios a la infraestructura de la carretera y a sus elementos funcionales). También permite afirmar que determinadas obras y usos como los cerramientos, las plantaciones arbóreas, las talas, los movimientos de tierra y las edificaciones puedan afectar del mismo modo a la conservación y uso de las carreteras que a la de los caminos.

En lo concerniente al alcance de la competencia de conservación, que es la atribuida a los municipios respecto de caminos y vías rurales, tal como señala Mar-

tínez-Carrasco Pignatelli, al analizar el régimen jurídico de las travesías, “[de] la significación conceptual del término ‘conservación’, se concluye que incluir en la descripción legal de explotación las materias de conservación y mantenimiento es una redundancia, dado que el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, en su acepción primera define la palabra ‘conservar’ como ‘mantener una cosa o cuidar su permanencia’ y, con respecto a la palabra ‘mantener’, en su acepción segunda señala: ‘conservar una cosa en su ser, darle vigor y permanencia’. Por tanto, las competencias de conservación y mantenimiento de una travesía suponen la misma idea, la de cuidar de la obra pública, procurando que su buen estado dure permanentemente”.²³ Palabras que pueden proyectarse, sin dificultad, para explicar el alcance de la competencia de la conservación de los caminos y que deberían permitir a su titular impedir que actividades privadas puedan causar daños al camino y a sus usuarios (piénsese, por ejemplo, en un terraplén que pueda convertir el pequeño accidente de un tractor en un accidente mortal o en movimientos de tierra que provoquen la permanente inundación de un camino).

Esto conlleva que definamos la competencia de conservación de los caminos como la procura de que su buen estado dure permanentemente y que establezcamos su fundamento en la obligación de los municipios de garantizar la satisfacción efectiva *permanente* de las necesidades públicas que justifican la *afectación* del camino al dominio público.

2.3. La jurisprudencia sobre las “limitaciones a la propiedad” establecidas en la legislación de carreteras

El concepto “delimitación de los derechos”, en general, y del de propiedad, en particular, ha sido objeto de atención preferente en la doctrina.²⁴ Como señala López Menudo,²⁵ el punto de partida es el artículo 33 de la CE, según el cual las configuraciones de la propiedad que se fundamentan en la función social de la misma no dan lugar a indemnización porque suponen una simple “delimitación” conformadora del derecho. Por el contrario, si se produce una privación singular de todo o

22. Las singularidades pueden ejemplificarse mediante lo dispuesto en:

—El artículo 25.2 de la LCa, que establece: “Con carácter general, en las carreteras estatales que discurren total y parcialmente por zonas urbanas el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo podrá establecer la línea límite de edificación a una distancia inferior a la fijada en el punto anterior (50 metros o 25 metros según el tipo de vía), siempre que lo permita el planeamiento urbanístico correspondiente, con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.”

—La LCaAnd, que en el artículo 9 define la travesía como aquella parte de la carretera que discurra por suelo urbano en el que existan, al menos en uno de sus márgenes, edificaciones consolidadas, como mínimo, en las dos terceras partes de su longitud y un entramado de calles, y en el artículo 12 establece a su vez que en las travesías la zona de dominio público “quedará fijada por el planeamiento urbanístico”.

23. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. “Estudio sobre el actual régimen jurídico estatal y autonómico de las relaciones entre la ordenación del territorio, el medio ambiente, la seguridad vial y las infraestructuras viarias”. En QDL, 3, página 107.

24. Un repaso de los manuales de Derecho administrativo lo acredita. Es de cita obligada GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, séptima edición, 2000, capítulo XVII (“La incidencia de la acción administrativa sobre las situaciones jurídicas del administrado”) y el número 2 (“El *criterium* de la expropiación: Expropiaciones y limitaciones legales”), del apartado VI, del título XIX (“La expropiación forzosa: La potestad expropiatoria”).

25. LÓPEZ MENUDO, Francisco, prólogo a la obra de CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, páginas 15 a 17.

parte del derecho, una utilización de sus facultades que menoscabe su “contenido esencial”, por causa de utilidad pública o interés social, la injerencia tendrá naturaleza expropiatoria y habrá de compensarse por medio de indemnización. Este autor señala, entre otras, tres precisiones a este planteamiento comúnmente aceptado, que queremos destacar:

–La generalidad o la singularidad de la medida, que actúa como criterio formal y es seguido tradicionalmente por el legislador y aceptado por la jurisprudencia contencioso-administrativa y la constitucional.²⁶

–Junto a este criterio formal van abriéndose paso criterios materiales que ponderan la efectiva incidencia de la medida, su proporcionalidad y su especial onerosidad. El Tribunal Constitucional ha dado ya entrada a este criterio material en la línea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que utiliza la noción de “justo equilibrio” en la Sentencia de *Sporrong y Lönnroth* de 23 de septiembre de 1982, y ya más recientemente la de “carga especial y excesiva” en la de *Papachelas contra Grecia* de 25 de marzo de 1999) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (que utiliza el concepto de “perjuicio especial o anormal” en las sentencias de 28 de abril de 1998 y de 15 de junio de 2000, dictadas en el asunto *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft*).²⁷

26. Este extremo se desarrolla en la obra prologada por López Menudo de CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, páginas 76 a 82.

27. Más ampliamente, en CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, páginas 84 a 92.

28. Extremo ya destacado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, séptima edición, 2000, apartado d), (“La indagación ulterior del criterio expropiatorio: Beneficio y enriquecimiento”), del número 2 (“El *criterium* de la expropiación: Expropiaciones y limitaciones legales”), del apartado VI, del título XIX (“La expropiación forzosa: La potestad expropiatoria”), páginas 243 y 244.

29. El supuesto de hecho se circunscribe a que el edificio y las instalaciones de la empresa quedan en situación “de fuera de ordenación”, tal como acredita el informe del perito procesal que se reproduce parcialmente en la fundamentación de la sentencia: “Lo que nos dice el perito procesal [...] es esto: ‘Las construcciones industriales, ubicadas en dichos terrenos, cumpliendo con las normas urbanísticas aplicables a la zona donde se encuentran, agotan las condiciones de edificabilidad permitidas de la parcela. Por tanto, la construcción de la Ronda de Gijón no trunca las posibilidades de ampliación de las instalaciones industriales ubicadas en la parcela. Ahora bien, de cara a un futuro, la construcción de la Ronda de Gijón afecta al desarrollo de la actividad empresarial de Frioastur, SA, en dos aspectos fundamentales, que son, de acuerdo a los usos permitidos por el vigente Reglamento general de carreteras, anteriormente expuestos, los siguientes: 1.º) Que para cualquier tipo de reparación, mejora o actuación en las instalaciones, Frioastur, SA, necesita la autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, por lo que pierde de hecho la autoridad soberana de sus propias instalaciones y terrenos. 2.º) Si en un futuro, Frioastur, SA, por cese o traslado de negocio, quisiera vender sus instalaciones y propiedades, o simplemente cambiar de actividad con la consiguiente remodelación de las mismas, el hipotético comprador o el actual propietario tendrían que conservar las construcciones existentes tal y como están, pues si las demoliesen o remodelasen, ya no se considerarían las actuaciones como mantenimiento de lo existente, si no como obra nueva, teniéndose que adaptar en todo a lo expuesto en el Reglamento general de carreteras en lo

–Un segundo criterio material es la utilidad social y el enriquecimiento correlativo a la pérdida patrimonial inherente a toda medida expropiatoria, efecto que no se da en las delimitaciones del contenido de la propiedad.²⁸

En este marco conceptual, los tribunales han prestado especial atención a las “limitaciones a la propiedad” establecidas en la legislación de carreteras al resolver las pretensiones de los propietarios que exigen que sus bienes afectados por estas limitaciones sean expropiados (y, por tanto, solicitan que sean incorporados a la relación de los bienes de ocupación necesaria), que cuestionan el justiprecio establecido en vía administrativa o que ejercen acciones de responsabilidad patrimonial.

La STS de 20 de junio de 2002 es un ejemplo reciente y ilustrativo de la posición jurisprudencial dominante. El objeto del recurso versa sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios formulada por el propietario de una industria que queda afectada por la zona de servidumbre y de afección de una carretera.²⁹ La sentencia establece la improcedencia de indemnizar otros perjuicios distintos a los derivados de la ocupación del dominio o de la utilización de la zona de servidumbre, y diferencia los conceptos de delimitación, limitación, privación y lesión antijurídica.³⁰

referente a usos permitidos en las zonas de servidumbre y afección, además de aceptar lo expuesto en el punto 1.º, por tanto la venta o cambio de actividad se vería seriamente dificultada’.

“Ante esta situación la empresa hubiera preferido la expropiación total, ante lo que sala afirma: ‘A esto hay que decir que, aunque es perfectamente respetable que –tal como parece traslucir el párrafo transcrito– la empresa pudiera haber preferido que se le expropiara la finca, la Administración ha actuado correctamente no llevando la intervención mutiladora que toda expropiación comporta más allá de lo estrictamente necesario. Así lo exige el interés general y el llamado principio de eficiencia (artículo 3, último párrafo, de la LRJPAC) al que ha de ajustar su actuación, principio conforme al cual –conviene decirlo pues no pocas veces se tiende a confundir la eficiencia con la eficacia– la regla a seguir es la que si el mismo fin puede alcanzarse, con el mismo nivel de optimización, por diversas vías, con distintos métodos, o de distintas maneras, siempre debe optarse por la solución que implique menos gasto. Así es como se ha actuado en este caso. Expropiar el terreno donde está instalado Frioastur, SA, no hubiera mejorado el nivel de optimización y, en cambio, hubiera obligado a gastar innecesariamente dinero público que –conviene no olvidarlo– es el dinero de todos.”

30. La sentencia establece: “Es necesario distinguir, en efecto, estos conceptos: a) La delimitación, definición o configuración del contenido interno de un derecho, consustancial a la propiedad como a cualquier otro derecho pues no cabe hablar de derechos ilimitados, pues admitir la mera hipótesis de un derecho ilimitado es tanto como admitir la sujeción de todos los demás a ese otro omnipotente y avasallador; b) la limitación *stricto sensu*, que es la reducción del contenido normal de un derecho previamente delimitado, definido o configurado; c) la privación de un derecho, que supone un ataque directamente dirigido contra el mismo con el propósito de producir una intervención mutiladora no exigible por no existir una obligación previamente constituida; d) la lesión antijurídica de un derecho derivada de una actuación administrativa cuya finalidad no era la de causar el daño que se produjo a ese derecho.

“En el primer caso tenemos la definición, el diseño, la configuración del contenido normal de un derecho; en el segundo caso tenemos una reducción de ese contenido normal; en el tercer caso tenemos un supuesto de expropiación; en el último estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual.

La sentencia proyecta estos conceptos respecto a las “limitaciones a la propiedad” establecidas en la LCa, para concluir que ésta establece el contenido normal del derecho de propiedad salvo cuando de manera expresa prevé la indemnización. Extremo que fundamenta del siguiente modo: “La Ley de carreteras habla genéricamente de limitaciones [...] pero ese significante tiene en la ley un doble significado, pues unas veces está designando el contenido normal del derecho de propiedad (no hay derecho a indemnizar) y otras veces está nominando una verdadera limitación (que, como tal, es indemnizable). Supuesto claro de limitación (reducción del contenido normal) es la ocupación de la zona de servidumbre y los daños y perjuicios que se causen por su utilización (artículo 22.4). Cuando tal precisión no se hace habrá que entender, al menos como regla general, que se está definiendo el contenido normal del derecho de propiedad.”

El Tribunal Supremo matiza la indemnizabilidad de las limitaciones en la STS de 7 de abril de 2001, representativa de una línea jurisprudencial consolidada,³¹ en el sentido que la privación de un derecho es lo que exige iniciar el procedimiento expropiatorio. Esta privación se produce, afirma, cuando la proyección y ejecución de una carretera conlleve la no-edificabilidad (por imperativo de la línea de edificación definida legalmente) de terrenos que tenían patrimonializado este derecho.

“Delimitación y limitación son conceptos distintos, pero tienen en común la nota de la generalidad, frente a la expropiación y a la responsabilidad extracontractual que tienen en común entre sí la nota de la singularidad (de ‘privación singular’ habla el artículo 1 de la LEF).

“Pues bien, distinguir en un caso concreto si estamos ante una delimitación o definición del contenido normal de un derecho o más bien nos encontramos ante una limitación o reducción de ese contenido normal, es lo que permite saber si una actuación del poder público no determina el deber de indemnizar (es lo que ocurre cuando esa actuación delimita el derecho) o da lugar a indemnización (por tratarse de una de mera limitación).”

31. Como antecedentes de esta sentencia pueden citarse las STS de 20 de enero de 1990, de 12 de noviembre de 1998 o la de 12 de mayo de 1996.

La STS de 7 de abril de 2001 afirma: “Se está ante la privación de un derecho a edificar sobre un suelo urbano, derivada directamente del proyecto de ejecución de la carretera y que, si bien su propietario está jurídicamente obligado a soportar, procede abonarle la correspondiente indemnización, como establecen concordadamente los artículos 33.3 de la Constitución, 349 del Código civil, 1 y 24 y siguientes de la Ley de expropiación forzosa, ya que el instituto expropiatorio comprende cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, y entre éstos debe considerarse la privación del *ius aedificandi* reconocido en el planeamiento urbanístico al propietario del suelo, como en este caso sucede al impedirse que en un suelo urbano colindante con la carretera se edifique con arreglo al aprovechamiento permitido por las ordenanzas municipales, por lo que no se está ante un supuesto de posible responsabilidad patrimonial de la Administración que ejecuta la carretera sino ante la privación que dicha ejecución comporta de un concreto aprovechamiento urbanístico, que debe ser compensado mediante el pago del correspondiente justiprecio.”

Esta doctrina se ratifica por la STS de 13 de febrero de 2003, aunque excluye el derecho a ser indemnizado en relación con la porción de suelo no urbanizable por no estar patrimonializado el derecho a edificar.

32. Incluido en el capítulo IV, “Delimitación del derecho de propiedad”, del

La afirmación jurisprudencial de que se trata de la definición del contenido normal de la propiedad se establece de manera expresa en la legislación autonómica de carreteras. El artículo 39 de la LCaCat,³² el artículo 30 de la LCaCMancha, y el artículo 33 de la LCaEx establecen, con un tenor literal casi idéntico, que las limitaciones de usos y actividades impuestas por la ley a los propietarios o titulares de derechos sobre inmuebles configuran el contenido ordinario del derecho de propiedad y no dan lugar a indemnización. El artículo 54 de la Norma foral de Guipuzkoa 17/1994, de 25 de noviembre, de caminos y carreteras, reitera este principio.³³

Es importante insistir en la diferencia entre delimitación y expropiación para rebatir argumentos tales como que el hecho de impedir el vallado en las zonas que no forman parte de la zona de dominio público es una expoliación, argumento éste utilizado hace años por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de enero de 1990 (RJ 1990/339), al afirmar “que el artículo 33 de la Constitución prohíbe las expropiaciones sin indemnización, situación que de hecho se produciría al impedir a los dueños separar su terreno del dominio público”.³⁴

Esta sentencia nos pone sobre la pista del distinto fundamento de la legislación urbanística cuando exige la cesión gratuita de viales y las limitaciones de la propiedad establecidas en ejercicio de la competencia sobre la conservación y el uso de las carreteras (y los caminos) que, como nos recuerda el Tribunal Constitucional,³⁵ se

título IV, “Régimen de uso y protección” para la preservación del dominio público viario.

33. El precepto establece:

“1. En las zonas de protección de las carreteras y caminos las facultades del derecho de propiedad o de otros derechos de uso y disfrute se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes y cargas establecidos en esta norma y en las normas y en los planes que en su desarrollo puedan dictarse.

“2. Los límites, deberes y cargas establecidos en esta norma o en las normas y los planes que en su desarrollo puedan dictarse no confieren derecho a indemnización por constituir la delimitación legal del contenido normal de los derechos de propiedad, uso o disfrute sobre los terrenos y bienes situados en las zonas de protección de las carreteras y caminos.”

34. Esta sentencia acepta los fundamentos de la sentencia apelada, el séptimo de los cuales establece: “[...] se señala como violación del planeamiento la falta de retranqueo del cierre que se dice que linda con camino público, pero tampoco esta alegación puede acogerse porque, en primer lugar resulta muy dudoso que ese camino sea público, aunque, sin demostración alguna, en este informe se diga que está contemplado en el Plan general como perteneciente a la red pública, y sobre todo porque la exigencia de que los cierres colindantes con caminos públicos sean necesariamente retranqueados de los linderos de la finca que limitan quebranta normas de rango superior, no sólo el artículo 388 del Código civil que autoriza a todo propietario a cerrar sus fincas, sino el artículo 33 de la Constitución que prohíbe las expropiaciones sin indemnización, situación que de hecho se produciría al impedir a los dueños separar su terreno del dominio público, sin que sea aplicable la obligación de cesión gratuita de terrenos para viales, que establecen los artículos 83 y 84 de la Ley del suelo, por no tratarse de suelo urbano ni urbanizable, ni estar planificado el vial beneficiado.”

35. La STC 65/1998, fundamentos jurídicos 15 y 16, en los que justifica la constitucionalidad del artículo 25.4 de la LCa, que establece que, en las carreteras de circunvalación, la línea límite de edificación se situará a 100 metros medidos horizontalmente de la arista exterior de la calzada.

establecen para defender y proteger la carretera. En definitiva, para garantizar la satisfacción de las finalidades públicas que han justificado la afectación de la carretera (o el camino) al dominio público.

3. La delimitación del derecho de uso y edificación en la legislación de carreteras autonómica

3.1. Aplicabilidad directa y supletoria de la legislación autonómica de carreteras a los caminos municipales

La primera cuestión que debemos analizar es si la legislación de carreteras autonómica establece su aplicabilidad a los caminos municipales de uso público, cuestión distinta a que pueda interpretarse que procede la aplicación supletoria, para los tipos de caminos que cumplen la misma función que las carreteras, pero que no cumplen las condiciones técnicas que permiten afirmar que se trata de vías destinadas fundamentalmente al tráfico de vehículos automóviles.

Las LCaAnd, LCaAr, LCaCat, LCaCleón, LCaCan, LCaI-Baleares, LCaEx, LCaMur y NFCaAI³⁶ excluyen de su ámbito de aplicación los caminos en general y, por

tanto, los que a nosotros nos interesan, los caminos municipales de uso público (aunque debe tenerse presente que Extremadura y el Territorio Histórico de Alaba disponen de normas reguladoras de los caminos públicos). Su aplicación supletoria debería sostenerse, por tanto, a través de la interpretación sistemática del ordenamiento.

Frente a esta categoría de normas existen otras que regulan caminos y carreteras:

—Las *LcaCMancha*,³⁷ *LCaComVal*³⁸ y *NFCaCamG*³⁹ incluyen en su ámbito de aplicación carreteras y caminos, pero este concepto se circunscribe a los que permiten el tránsito rodado, con distintas precisiones según cada norma.

—Las *LCaRioja*, *LCaPast* y *LCaNav* no establecen la aplicación directa a los caminos municipales de uso público, pero puede sostenerse su aplicación supletoria por incluir la primera dentro del concepto de carretera los caminos agrícolas desvinculados de las concentraciones parcelarias,⁴⁰ al establecer la segunda, en la disposición final primera, la aplicación de sus normas a los caminos de titularidad de la comunidad autónoma, mientras no se transfieran a los concejos⁴¹ y por establecer, la terce-

36. Ver el artículo 1 de la LCaAnd; los artículos 1, 6 y 7 y las disposiciones finales primera y segunda de la LCaAr; los artículos 2.2.b) y 4.1.c) de la LCaCat; el artículo 1 de la LCaCleón; el artículo 1 de la LCaCan; el artículo 1 de la LCaI-Baleares; el artículo 1.3 de la LCaEx (debe tenerse presente que Extremadura dispone de una ley reguladora de los caminos públicos), el artículo 1 de la LCaGal; el artículo 1 de la LCaMur; el artículo 1 de la NFCaAI (aunque debe también tenerse presente que el Territorio Histórico de Alaba dispone de una norma foral reguladora de los caminos), y el artículo 1 de la NFCaViz.

37. El artículo 1 de la *LCaCMancha* establece: “Es objeto de la presente ley regular la planificación, la proyección, la construcción, la conservación, la financiación, la explotación y el uso de las carreteras y los caminos que discurren por el territorio de Castilla-La Mancha y no sean de titularidad del Estado [...]. Se consideran caminos las vías de dominio y uso público destinadas al servicio de explotaciones o instalaciones y no destinadas fundamentalmente al tráfico general de vehículos automóviles.”

38. El artículo 1 de la *LCaComVal* establece que “La presente ley tiene como objeto regular el conjunto del sistema viario de la Comunidad Valenciana, mediante el establecimiento de las normas y los instrumentos necesarios para asegurar el mejor funcionamiento del mismo en el marco de las competencias estatutariamente asumidas y del ámbito de esta ley”, y el artículo 2 que “La presente ley será aplicable a todas las vías de tránsito rodado que, formando parte del sistema viario, transcurran por el territorio de la Comunidad Valenciana, y no sean de titularidad estatal”.

En el sistema viario se incluyen los “caminos de dominio público de cualquier clase aptos, al menos, para el tránsito rodado” (artículo 3), que se integran en la Red de Caminos de Dominio Público de la Comunidad Valenciana, compuesta por todas las vías de titularidad pública no incluidas en los apartados anteriores, susceptibles de tránsito rodado” (artículo 4).

39. La *NFCaCam* tiene por objeto “[...] establecer el régimen jurídico privativo de las carreteras y los caminos de Gipuzkoa”, que se extiende “a todos los aspectos relacionados con la planificación, financiación, proyecto, construcción, modificación, conservación, explotación, uso y defensa de dichas carreteras y caminos así como a los relacionados con la integración de los mismos en su entorno” (artículo 1).

La norma foral define los caminos como “[...] todas las vías de comunicación terrestre de titularidad pública destinadas al uso público, cuando, por no encontrarse pavimentadas o por no reunir los requisitos y características técnicas normales de las proyectadas, construidas o acondicionadas para la circulación de vehículos automóviles, no puedan calificarse de carreteras.

Las pistas rurales y forestales de titularidad pública, aunque se encuentren pavimentadas, tienen a efectos de esta norma el carácter de “caminos” (artículo 2). Finalmente, en lo que ahora interesa, establece que “[...] las carreteras y los caminos de titularidad de los municipios guipuzcoanos y forman en su conjunto la Red de Carreteras y Caminos Municipales de Gipuzkoa” (artículo 5).

40. La *LCaRioja*, en su artículo 1, apartado 1, establece: “El objeto de la presente ley es la regulación de la planificación, la proyección, la construcción, la conservación, la financiación, el uso y la explotación de todas las carreteras con itinerario comprendido íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja y que no estén reservadas a la titularidad del Estado.” Este precepto podría hacer pensar que la ley no se aplica directamente a los caminos, pero debe advertirse que de su artículo 1.2 y del artículo 5 puede deducirse que lo que para otros legisladores autonómicos son caminos para el legislador de La Rioja son carreteras. Esta afirmación se fundamentaría en que el apartado 2, del artículo 1, define las carreteras como “las vías de dominio y uso público proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles”, y el artículo 5 establece lo siguiente: “No tendrán la consideración de carreteras, a los efectos de esta ley, ni se incluirán, por tanto, en las redes a que se refiere el artículo anterior: a) Las vías que componen la red interior de comunicaciones municipales. b) Los caminos de servicio, entendiéndose por tales los construidos como elementos auxiliares complementarios de las actividades específicas de sus titulares. c) Los caminos de servicio construidos por las personas privadas con finalidad análoga. d) Las pistas forestales y los caminos agrícolas de concentraciones parcelarias.”

De acuerdo con este precepto, los caminos agrícolas proyectados y construidos fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles desvinculados de concentraciones parcelarias son a los efectos de la *LCaRioja* una carretera y se les aplica la ley.

41. La *LCaPast* excluye a los caminos de su ámbito de aplicación en los artículos 1 y 2, pero debe prestarse especial atención a la disposición adicional primera, que establece:

“1. Tendrán la consideración de caminos rurales las vías de comunicación que de modo prioritario cubran las necesidades de tráfico generado en las áreas rurales bien dando servicio a núcleos de población o a los predios agrícolas o forestales.

“2. Los caminos rurales construidos por la Administración del Principado que por sus características y funcionalidad reúnan las condiciones técnicas para ser clasificados en algunos de los grupos a que se refiere el artículo 2

ra, que los caminos municipales serán objeto de regulación por los municipios.⁴²

3.2. Las singularidades de las normas autonómicas de carreteras respecto de la Ley estatal de carreteras

La legislación autonómica de carreteras mantiene el esquema básico de las zonas de dominio público y protección previstas en la legislación estatal, tal como explica Martínez-Carrasco Pignatelli.⁴³ Tan sólo se formulan matices en el régimen jurídico y precisiones singulares, de las que destacaremos sólo una, que entendemos de utilidad para analizar las ordenanzas municipales reguladoras de los caminos de uso público municipal. En concreto, la integración paisajística de las carreteras regulada en la legislación de carreteras de Andalucía.

El artículo 53 de la LCaAN distingue entre las zonas: a) de dominio público adyacente; b) de servidumbre legal; c) de afección, y d) de no-edificación.⁴⁴ En la regulación pormenorizada de las zonas y a lo largo de la ley se evidencia la preocupación y la directriz política específica de garantizar la protección del medio ambiente y la integración paisajística de las carreteras. En la exposición de motivos se destaca este extremo, al afirmar: “[...] la Cons-

titución española, en sus artículos 45 y 46, declara el derecho de todos los ciudadanos al disfrute de un medio ambiente adecuado [...]. Estos mandatos constitucionales se reflejan, a su vez, en el Estatuto de autonomía para Andalucía [...]. La presente ley contribuye decididamente al cumplimiento de tales mandatos y objetivos [...] y ello tiene su principal reflejo en el importante protagonismo que cobran la prevención y restauración ambiental y la protección del patrimonio cultural, arqueológico e histórico de las propias obras públicas de Andalucía, fundamentalmente en la regulación de la actividad de planificación y proyección de las actuaciones en materia de carreteras.”

Esta preocupación se pone de manifiesto a lo largo del articulado de la ley [artículos 12.6; 16.4; 22, apartados b) y f); 23.g); 24.f); 25.2 *in fine*; 28.2; 31;⁴⁵ 33.1.c); 37; 40.2; 54; 55; 57; 64.1 y 2, y en el anexo de glosario de términos].⁴⁶

De la regulación de la ley andaluza destaca que:

a) en la regulación de la zona de dominio público adyacente a las carreteras, se establece la obligación de llevar a cabo actuaciones correctoras del impacto ambiental y actuaciones de integración paisajística, para lo cual se crea la nueva figura del proyecto de restauración paisajística;

de la presente ley, serán incluidos en la Red de Carreteras del Principado por acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta del titular de la consejería competente en materia de obras públicas.

“3. Los demás caminos rurales construidos por dicha Administración serán cedidos a los concejos por cuyo término discurra el trazado de los mismos.

“4. En tanto no se produzca la transferencia a los concejos o la integración en la Red del Principado, los caminos rurales construidos por la comunidad autónoma estarán afectados por el régimen de limitaciones establecido en la presente ley para las carreteras locales.”

Esta disposición adicional también justifica, a nuestro entender, la aplicación supletoria de la ley a los caminos municipales de uso público.

42. El artículo 1, apartado 1, de la LCaNav establece que si objeto es “[...] el control de los actos de edificación y uso del suelo que se realicen en las zonas de protección de las vías de comunicación cuya titularidad corresponda a la Comunidad Foral de Navarra con la finalidad de mantenerlas en estado óptimo de conservación y protección”; el apartado 2, que “[...] se consideran incluidas en su ámbito de aplicación las zonas de territorio especialmente construidas y destinadas al tránsito de vehículos de motor y de tracción animal. A los mismos efectos tienen la consideración de vías de comunicación, las carreteras, autopistas, autovías y caminos de tráfico rodado público [...]”, y el apartado 3, que “[...] se consideran carreteras las vías de dominio y uso públicos proyectadas y construidas para la circulación de vehículos de motor y de tracción animal”.

De los tres apartados reseñados se desprende con claridad la inclusión de un amplio abanico de caminos (excluye los senderos peatonales y los caminos diseñados para vehículos sin motor), pero exige que sean de titularidad de la comunidad foral. El apartado 6 del artículo 1 regula los caminos municipales al indicar: “Se entiende por caminos de tráfico rodado público las vías de comunicación municipales sitas fuera del perímetro integrado por el suelo urbano y el suelo urbanizable de cada municipio, considerándose como calles las vías incluidas en dicho perímetro. La construcción y defensa de estas vías de comunicación corresponderán a las entidades titulares de las mismas, que serán responsables de su mantenimiento y conservación.”

Esta previsión puede justificar la aplicación supletoria de la ley a los caminos municipales.

43. Esta autora explica que: “En la normativa autonómica se ha seguido también este sistema de zonificación, graduándose las repercusiones de las carreteras en las propiedades colindantes en atención a dicho sistema. Pero

no todas las comunidades autónomas recogen el modelo estatal de zonificación, aunque en la mayoría de las ocasiones los cambios se producen solamente en las denominaciones de dichas zonas. Tan sólo tres comunidades autónomas siguen el mismo modelo de la ley estatal. Se trata de Canarias, Castilla y León y la Comunidad Foral de Navarra. Castilla-La Mancha cambia la denominación de ‘zona de afección’ por la de ‘zona de protección’ de la carretera. Las comunidades de Madrid y Valencia suprimen las zonas de ‘servidumbre’ y ‘afección’ y, sin embargo, regulan la denominada ‘zona de protección’, además de la denominada por la Comunidad Valenciana ‘zona de reserva’. En cuanto a la ‘línea límite de edificación’, no todas las normativas autonómicas la recogen, aunque sí regulan todas ellas prohibiciones a la edificación en las proximidades de las carreteras.” MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. “Estudio sobre el actual régimen jurídico estatal y autonómico de las relaciones entre la ordenación del territorio, el medio ambiente, la seguridad vial y las infraestructuras viarias”, en QDL, 3, página 108.

44. La zona de dominio público adyacente coincide con el dominio público viario de la ley estatal si sumamos a los elementos funcionales de la carretera la franja lateral de ocho y tres metros desde la arista lateral. La zona de servidumbre, de afección y de no edificación coinciden con las categorías estatales aunque no afectan a idénticas franjas de terrenos que la legislación estatal y sin perjuicio, en su regulación de matices que aunque pudieran deducirse de la legislación de carreteras no se establecen expresamente en aquélla.

45. “Artículo 31. Proyecto de restauración paisajística.

“1. El proyecto de restauración paisajística se utilizará para la ejecución de la revegetación del dominio público viario y de su entorno, sin que necesariamente tenga que estar vinculada su redacción y ejecución a las obras de carreteras ni a la contratación del proyecto de construcción.

“2. Dicho estudio contendrá el diseño completo de la adecuación paisajística y de determinadas medidas correctoras de carácter medioambiental de la ejecución de obras de carreteras, con el detalle necesario para hacer factible la ejecución de la correspondiente restauración paisajística del dominio público viario y del entorno afectado.”

46. Que incluye el término “mejora de la integración paisajística”: obra de modernización de una carretera cuya finalidad es el aumento de la integración paisajística de toda o de un tramo de la carretera, mediante actuaciones zonales, lineales o puntiformes.

b) en la regulación de la zona de servidumbre, la integración paisajística permite la ocupación temporal y actuación pública y limita el ejercicio del derecho de uso y edificación por parte de los propietarios (artículos 54 y 64);⁴⁷

c) en el capítulo III, relativo a la construcción de carreteras, se establece la segregación de las actuaciones de construcción de las carreteras de aquellas otras consistentes en la restauración paisajística, y la obligación de que en todas las obras de carreteras se disponga de un programa de garantía de la calidad, de gestión directa por la Administración, cuya contratación se llevará a cabo de forma independiente de la ejecución de la obra principal.

Esta preocupación por la integración paisajística la destacamos por ser una preocupación común con la de la legislación urbanística que, en el marco de las normas de protección del paisaje y de garantía de adaptación del entorno, establece la prohibición de construcción de edificaciones de todo tipo y de la instalación de cualquier elemento arquitectónico o de servicio que rompa la armonía del paisaje (prohibición que se singulariza expresamente en relación con el paisaje que puede ser contemplado desde las carreteras y caminos).

Se trata de prescripciones legales que deben tenerse en cuenta al construir un régimen de protección de los caminos, bien por la vía de ordenanza, bien por la vía de los planes especiales urbanísticos de protección de las vías de comunicación.

4. El entorno de los caminos en la legislación urbanística

4.1. La legislación urbanística

En la primera parte de este artículo (QDL, 2) hicimos tres referencias a la legislación urbanística. La primera, que

la legislación urbanística, bien exige expresamente licencia urbanística para el cerramiento de fincas, muros y vallados y la apertura de caminos, así como su modificación o pavimentación (artículos 166 de la LOTCan, 165 de la LOTCMancha, 179 de la LUCat, 180 de la LSEx, 151 de la LSMad), bien permite deducir la exigencia de licencia de la regulación general de los actos sometidos a licencia urbanística. La segunda, que debe destacarse la legislación urbanística gallega, que hace una regulación muy pormenorizada de los caminos.⁴⁸ Y la tercera, que la existencia de múltiples caminos de posesión pública inmemorial y el hecho que pueda seguirse sin dificultad la competencia municipal sobre policía de caminos desde la legislación administrativa decimonónica⁴⁹, explica que en la legislación básica estatal y en las leyes urbanísticas se establezca la presunción de titularidad municipal. Así, el artículo 210. 2, precepto básico, de la LS de 1992 y el artículo 147 de la LUCat establecen que “las vías (los caminos, en el segundo precepto) rurales que se hallen comprendidos en un ámbito de expropiación, se entiende que son de propiedad municipal, salvo prueba en contrario”; y los artículos 19 de la LSMur y 92 de la LUCLeón que “las vías públicas y los caminos rurales se entenderán de propiedad municipal salvo prueba en contrario, y cuando sea necesaria su desaparición se entenderán transmitidas de pleno derecho a la Administración expropiante y subrogadas por las nuevas que resulten del planeamiento”.

Si se sigue en el análisis de la legislación urbanística se advierte que, en el marco de las normas de protección del paisaje y de garantía de adaptación del entorno, establece una prohibición de construcción de edificaciones de todo tipo (edificios, cierres o muros) y de la instalación de cualquier elemento arquitectónico o de servicio que rompa la armonía del paisaje, desfigure la

47. El artículo 54, al regular la zona de servidumbre legal, establece en el apartado 2 que la Administración podrá utilizar la zona de servidumbre legal, entre otras, para realizar obras de mejora de la integración paisajística, y el artículo 64 establece que “el uso y explotación de los terrenos comprendidos dentro de la zona de servidumbre legal por sus propietarios o titulares de un derecho real o personal que lleve aparejado su disfrute, estarán limitados por su compatibilidad con la integración ambiental y paisajística de la carretera, y por las ocupaciones y usos que efectúen la Administración o los terceros por ella autorizados, sin que esta limitación genere derecho a indemnización alguna. A tales efectos, cualquier actuación requerirá la previa autorización administrativa, salvo en el caso de cultivos que no supongan pérdida de las condiciones de visibilidad o cualquier otra cuestión que afecte a la seguridad vial”.

48. El artículo 35 de la LOUGal.

“Artículo 35. Limitaciones de apertura de caminos y movimientos de tierras.

“1. No está permitida la apertura de nuevos caminos o pistas en el suelo rústico que no estén expresamente contemplados en el planeamiento urbanístico o en los instrumentos de ordenación del territorio, salvo los caminos rurales contenidos en los proyectos aprobados por la Administración competente en materia de agricultura, de montes o de medio ambiente y aquellos que obtuvieran la correspondiente autorización autonómica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la presente ley.

“En todo caso, la ejecución de nuevas pistas o caminos que afecten a suelo rústico de protección de espacios naturales y de interés paisajístico estará sujeta a la evaluación de efectos ambientales que prevé la Ley 1/1995,

de 2 de enero (LG 1995, 58), de protección ambiental de Galicia.

“2. Las nuevas aperturas de caminos o pistas que se puedan realizar deberán adaptarse a las condiciones topográficas del terreno, con la menor alteración posible del paisaje y minimizándose o corrigiéndose su impacto ambiental.

“3. Con carácter general quedan prohibidos los movimientos de tierra que alteren la topografía natural de los terrenos rústicos, salvo en los casos expresamente autorizados por la presente ley.”

El artículo 56 de la LOUGal incluye, entre las determinaciones de los planes generales de ordenación municipal en suelo de núcleo rural, cuantas resulten convenientes para la conservación y recuperación de la morfología del núcleo y la *salvaguarda* de los cauces naturales, las *redes de caminos rurales*, la estructura parcelaria histórica y los usos tradicionales y en la documentación de estos planes, el artículo 61 exige un estudio del medio rural y análisis del modelo de asentamiento poblacional.

El estudio del medio rural *analizará detalladamente* los usos del suelo, los cultivos, el paisaje rural, la tipología de las edificaciones y construcciones tradicionales de la zona, *las infraestructuras existentes, los caminos y vías rurales*, el planeamiento urbanístico de los municipios limítrofes y cualquier otra circunstancia relevante para la justificación de las determinaciones en suelo rústico *e incluirá una ficha, plano y fotografía aérea individualizada para cada núcleo rural, en cuyos documentos se recogerá la información urbanística anteriormente indicada.*

49. Ver la nota 22 de la primera parte del artículo, QDL, 2, página 187.

perspectiva del mismo o limite o impida la contemplación del conjunto. Esta prohibición de edificar e instalar, que es lo que a nosotros ahora nos interesa, se singulariza expresamente respecto de los edificios y elementos que perturben la armonía del paisaje que puede ser contemplado desde las carreteras y los caminos pintorescos.⁵⁰ Del conjunto de leyes urbanísticas destaca que la legislación de urbanismo de Castilla-La Mancha no se refiere al entorno de los caminos pintorescos, simplemente, al entorno de los caminos. Prescripción más acorde con la finalidad de protección del paisaje, ya que el adjetivo pintoresco no debiera proyectarse respecto del camino, sino respecto del paisaje y las edificaciones que pueden contemplarse desde el camino.

En cuanto al retranqueo de las edificaciones respecto del camino y específicamente de los cierres, debe destacarse:

—El artículo 65.2 de la LOTCan, el 17 de la LUEX y el 55 de la LOTCMancha, que establecen que, en defecto de determinaciones expresas del planeamiento, las construcciones y edificaciones deberán observar, entre otras reglas, respetar un retranqueo, en el primer caso, de un máximo de diez metros al eje de caminos y un mínimo de cinco metros y, en los otros dos, de quince metros al eje de caminos o vías de acceso.

—Los artículos 36 y 114.6 de la LOTUSCant establecen que en defecto de régimen de distancias establecido por el planeamiento, *las construcciones y los cierres* que se realicen con *obras de fábrica* u otros elementos permanentes en zonas no consolidadas por la edificación *tendrán que desplazarse un mínimo de tres metros del límite exterior de la calzada de la vía pública a que den frente*, salvo que por aplicación de la legislación de carreteras proceda una distancia superior (se excluye de esta previsión la colocación de mojones o postes destinados a delimitar la propiedad rústica, sin impedir el acceso a la misma), y que en el suelo rústico, sin perjuicio de previsiones más restrictivas contenidas en la legislación sectorial de carreteras, *los cerramientos* se situarán de tal manera que la *distancia mínima al límite exterior de la calzada, el vial o el camino sea de tres metros, debiendo los propietarios ceder gratuitamente*

al ayuntamiento, y acondicionar, con ese límite, los terrenos necesarios para la ampliación del viario preexistente.

—El artículo 24 de la LUCLeon, al regular los deberes y limitaciones en suelo rústico, establece que no se permitirá que *las construcciones e instalaciones de nueva planta, o la ampliación de las existentes, o los cierres de parcela con materiales opacos, de altura superior a un metro y medio, se sitúen a menos de tres metros del límite exterior de los caminos*, cañadas y demás vías públicas, o *si dicho límite no estuviera definido, a menos de cuatro metros del eje de las citadas vías*, sin perjuicio de las superiores limitaciones que establezca la legislación aplicable.

—El artículo 54 de la LOTCMancha establece que en el suelo *rústico de reserva* sólo se podrán realizar vallados con setos o malla y soportes metálicos.

En su conjunto, la legislación urbanística configura un cuerpo de regulación directo y sustantivo, en orden a establecer el régimen jurídico de protección de los caminos, que puede ser completado por el planeamiento urbanístico, como examinaremos en el próximo apartado.

4.2 La jurisprudencia que acredita que la regulación del entorno de los caminos también se realiza a través del planeamiento

Para evitar una descripción farragosa y detallada de las normas de las leyes urbanísticas que habilitan al planeamiento para regular las condiciones de uso y edificación en el suelo no urbanizable y que permiten delimitar su contenido en el entorno de los caminos para protegerlos como bien de dominio público y de uso público, haremos una breve reseña de jurisprudencia que lo acredita. Sirvan de muestra las siguientes sentencias:

—La STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de abril de 2002 (JUR 2002/166874) que resuelve un recurso contra licencia de vallado establece: “[el] hecho de que el artículo 72 de las ordenanzas de edificación de las normas subsidiarias de Alcalalí exigían que el vallado se situara a una distancia mínima de 3,5 metros del eje del camino

50. El artículo 92 de la LRSPast (“[...] en las inmediaciones de las carreteras y los caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, volumen, altura de los edificios, muros y cierres y la instalación de otros elementos *rompan la armonía* del paisaje, desfiguren la perspectiva del mismo o limiten o impidan la contemplación del conjunto”); los artículos 65 de la LOTCan, 104 de la LOUGal y 92 de la LUVal (“[...] en las inmediaciones de carreteras y los caminos de carácter pintoresco, no se permitirá la construcción de cerramientos, edificaciones u otros elementos cuya situación o dimensiones *limiten el campo visual* o *desfiguren sensiblemente las perspectivas* de los espacios abiertos terrestres, marítimos, costeros o de los conjuntos históricos o tradicionales”), y el artículo 216, que tipifica la infracción de realizar obras vulnerando la prohibición del artículo 65; el artículo 34 de la LOTUSCant (“[...] en las inmediaciones de las carreteras y los caminos de trayecto pintoresco se *acentuarán las exigencias de adaptación* al ambiente de las construcciones que se autoricen y no se permitirá que la

situación, masa, altura de los edificios, colores, muros, cierres o la instalación de otros elementos *limiten el campo visual* para contemplar las bellezas naturales, *rompan la armonía* del paisaje natural, rural o urbano, o *desfiguren la perspectiva* propia del mismo”); el artículo 55 de la LOTCMancha (“[...] no podrán, en los lugares de paisaje abierto, ni limitar el campo visual, ni romper el paisaje, así como tampoco desfigurar, en particular, las perspectivas de los núcleos e inmediaciones de las carreteras y los caminos”); el artículo 195 de la LOTCMancha y el artículo 210 de la LSEx, que tipifican la infracción y la sanción por construir “[...] en las inmediaciones de las carreteras y los caminos de trayecto pintoresco, cuando la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres o la instalación de otros elementos *limiten el campo visual* para contemplar las bellezas naturales, *rompan o desfiguren la armonía* del paisaje o la perspectiva propia del mismo o infrinjan en cualquier forma el planeamiento aplicable”.

inviabilizaban otra solución urbanística que no fuera la construcción del vallado dentro de la propia parcela y con estricto cumplimiento de las referidas distancias, cosa que no ocurrió puesto que, como se desprende de la pericial de autos, en todos los puntos del camino lindante con la finca litigiosa la valla se encuentra a menos de 3,5 metros de cualquiera de los dos ejes teóricos del Camino de Jalón [...].”

—La STS del País Vasco de 26 de noviembre de 2001 (JUR 2002/82605) sobre inadmisibilidad del recurso por tener como objeto un acto confirmatorio de un acuerdo consentido (el Acuerdo de 6 de febrero de 1998 del Ayuntamiento de Errigoiti, por el que se acuerda no conceder la licencia municipal solicitada para la construcción de un cierre en parte de la parcela de la vivienda familiar del recurrente) señala: “El antecedente inmediato de la cuestión lo constituye el recurso contencioso-administrativo número [...], promovido por el recurrente contra la resolución del ayuntamiento demandado de 19 de febrero de 1996 por la que se acordó demoler las obras de cierre de la parcela realizadas por el recurrente, en el que recayó sentencia de esta sala de 27 de mayo de 1999 por la que se desestimó el recurso al apreciar que el cierre se hallaba en suelo no urbanizable en el que era aplicable la Ordenanza municipal reguladora de la concesión de licencias para chabolas y cierres de fincas, que exige una distancia de 3,5 metros respecto del eje del camino vecinal [...].”

—La STS de 29 de junio de 1988 (RJ 1988/4783) establece: “Procede, pues, examinar si el cierre o vallado que pretendía realizar el recurrente era o no conforme al ordenamiento jurídico aplicable. Ante la claridad de lo dispuesto en el artículo 42 del Plan general de ordenación urbana de Santiago de Compostela, que, como protección a la carretera, obliga a efectuar retranqueos en función del tipo de vía de tránsito y de las características de la edificación y que para los cerramientos en caminos vecinales se concretan en tres metros del borde exterior [...], trata de eludir la aplicación de dicho límite aduciendo el carácter de simple sendero de la vía colindante, alegación que [...] está en abierta contradicción con los documentos y actuaciones que obran en el expediente administrativo y en los autos que ponen de manifiesto su condición de camino vecinal, como se desprende de la escritura, planes y prueba pericial practicada, en la que se resaltan las características de la vía —enlace al que sirve, anchura, riego asfáltico, etc.— incompatibles con la de simple tránsito de peatones que se le quiere atribuir [...].”

—La STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1987/1145) establece: “[...] el ayuntamiento arguye también que el muro de cierre que se discute no guarda la distancia de cinco metros que dice ha de haber respecto al eje del sendero [...] siendo el único soporte de esta alegación el infor-

me del arquitecto municipal de 19 de octubre de 1983, en el que dice que los cerramientos de las fincas deben disponerse a un mínimo de cinco metros del eje de los caminos y que ‘por similitud’ las obras de autos deben respetar esta distancia [...] mas como que no se ha demostrado que el referido retranqueo sea una prescripción concreta, precisa y obligatoria, y en manera alguna es legítimo exigirlo ‘por similitud’ como dice el aludido informe del arquitecto, y los demás muros que hay junto al sendero tampoco cumplen esa distancia, que no aparece que sea realmente preceptiva, esta sala no puede tener por acreditada ni la realidad ni la legalidad de esa exigencia puesto que tampoco es apto un simple acuerdo del ayuntamiento (como el mencionado de 17 de mayo de 1982) para imponer esta distancia.”

—La STS de 7 de julio de 1992 (RJ 1992/6153) establece: “[...] En el supuesto litigioso, el cerramiento en la forma pretendida —con muro y sobre él malla metálica— resultaba vedado por el artículo 234 de las normas complementarias y subsidiarias del Ayuntamiento de Llanera, el cual tan sólo permite el cierre de fincas ‘por medio de alambradas, empalizadas o setos de arbusto’. Así las cosas, no resulta posible, en contra de lo sostenido por la citada parte apelante, cuestionar la aplicabilidad de las referidas normas, incorporadas al proceso [...].”

—La STS de Galicia de 25 de enero de 2002 (JUR 2002/98315) sobre licencia de cierre de finca establece: “Pero lo cierto es que el proyecto no puede ir en contra de las determinaciones del PGOU, y así lo entiende el propio ayuntamiento [...] el recurso objeto de este procedimiento ha de ser desestimado, pues deben prevalecer las distancias y alineaciones previstas en el PXOU, (en este caso, 11 metros para el ancho de camino); y en modo alguno se cumplen estas previsiones si se permite ejecutar al recurrente el cierre de su vivienda con las distancias interesadas en la solicitud de licencia (1,00 o 1,50 de su casa)[...]”

5. La delimitación del derecho de uso y edificación en la legislación de caminos

5.1. La legislación de vías pecuarias no prevé zonas de protección distintas a la de dominio público

Los caminos pueden precisar para su defensa y protección y para garantizar la finalidad de la afectación al dominio público del establecimiento de limitaciones a las propiedades próximas. Sin embargo, ello no es imprescindible, como nos demuestra la legislación de vías pecuarias, que no establece un régimen de protección con técnicas como las de la legislación de carreteras (no establece zonas de servidumbre o protección ni fija una línea de edificación), dado que ni es previsible su ampliación ni pueden utilizarse argumentos de segu-

ridad del tráfico o de garantía de las finalidades de la afectación.⁵¹

Ello conlleva que respecto de los caminos debe establecerse, en cada caso, si la protección de la vía y la garantía del cumplimiento de las finalidades de la afectación exigen la imposición de limitaciones a los propietarios.

5.2. Las normas reguladoras de caminos y la legislación de carreteras aplicable directamente o supletoriamente a los caminos no prevén en la zona de dominio público ninguna franja adyacente a contar desde la arista exterior del camino

La LCaEx, que regula específicamente los caminos públicos, al definir la zona de dominio público del camino sólo prevé los elementos funcionales,⁵² pero no la franja lateral desde la arista exterior de las carreteras que se establece para éstas en todas las leyes reguladoras que hemos examinado. En este punto coincide con la LCaCMancha⁵³ y las normas forales de Guipuzkoa⁵⁴ y Alaba,⁵⁵ de especial interés las dos primeras por el hecho que regulan de manera conjunta caminos y carreteras y diferencian su régimen en este punto.⁵⁶ La LCaComVal no establece expresamente para los caminos el alcance de la zona de dominio público e indica que corresponde a la planificación viaria determinar la zona de dominio público de las vías de comunicación.

Esto conlleva que el legislador, hasta este momento, no considera preciso para el uso y la protección de los caminos disponer de una franja de dominio público lateral a la arista exterior, prevista en la legislación de carreteras para éstas y que debe ser objeto de expropiación.⁵⁷ La finalidad de esta franja lateral de dominio público en las carreteras: a) se establece expresamente, así por ejemplo, en el artículo 28 de la LCalBaleares ("Los proyectos de carreteras, en función de la categoría y del trazado, han de definir las dos líneas que a cada

lado de la calzada o de las calzadas enmarcarán la zona de dominio público que tendrá que ser necesariamente expropiada, destinada a contener todos los elementos básicos y complementarios de la vía *y también las necesidades anexas a ésta, como jardines*, áreas de descanso, áreas de servicio, *miradores, zonas destinadas a almacenamiento, pesaje, mediciones de aforos y otras operaciones de conservación*"), y b) puede deducirse también del régimen de autorizaciones previsto en el artículo 76 del RLCa, según el cual la zona de dominio público adyacente a la arista exterior está al servicio de la carretera (seguridad vial, almacenaje, operaciones de conservación, etc.) y puede ser utilizado para infraestructuras de servicios de interés general (básicamente energía, gas y electricidad, suministro de agua, saneamiento y telecomunicaciones).

En la legislación de carreteras esta zona adyacente de dominio público se entiende precisa para el correcto funcionamiento del conjunto de actividades de conservación, soporte o de cualquier índole que exige el correcto funcionamiento de la carretera. Contrariamente, el legislador ha considerado hasta hoy que la satisfacción de esas necesidades, en el ámbito de los caminos, no precisa de la delimitación de esa zona adyacente de dominio público, criterio que debe servir para valorar la legalidad y oportunidad de las ordenanzas locales que regulan la conservación y policía de los caminos municipales de uso público.

5.3. Las zonas de protección previstas en las normas reguladoras de caminos

El esquema de protección de las carreteras no se reproduce sistemáticamente ni en la legislación de caminos ni en la de carreteras aplicable a los caminos. Los regímenes jurídicos previstos son:

a) No hay ninguna zona distinta a la de dominio público (LCaCMancha).

51. Véase: Ley 3/1995, de 23 de marzo, estatal de vías pecuarias; Ley de Castilla-La Mancha 9/2003, de 20 de marzo, de vías pecuarias; Ley de Madrid 8/1998, de 15 de junio, de vías pecuarias; Ley foral de Navarra 19/1997, de 15 de diciembre, de vías pecuarias; Reglamento de la Junta de Extremadura de vías pecuarias, aprobado por el Decreto 49/2000, de 8 de marzo; Reglamento de la Junta de Andalucía de vías pecuarias, aprobado por el Decreto 155/1998, de 21 de julio, y el Reglamento del Gobierno de La Rioja de vías pecuarias, aprobado por el Decreto 3/1998, de 9 de enero.

52. Artículo 7 de la LCaEx, "Alcance del dominio público": "Forman parte de los caminos y, por tanto, del dominio público viario, además de la calzada o superficie destinada al tráfico rodado, todos los elementos de su explanación, tales como arcones, cunetas, taludes y terraplenes, puentes, obras de fábrica, elementos de señalización y protección, terrenos de servicio y, en general, todos los elementos construidos en función del camino. A efectos de lo previsto en esta ley, todos los terrenos de dominio público viario de un camino constituyen su 'zona de dominio público'."

53. El artículo 23 de la LCaCMancha, *in fine*, establece: "En el caso de caminos serán de dominio público únicamente los terrenos ocupados por éstos y sus elementos funcionales."

54. El artículo 8, apartado 4, establece: "El dominio público viario de los caminos se extiende a toda su explanación, incluidas sus estructuras, muros, obras de fábrica y demás elementos funcionales."

55. Artículo 14 de la NTCVCaMAI, "Zona de dominio público": "1. Son de dominio público los terrenos ocupados por los caminos y sus elementos funcionales entre las dos aristas exteriores de la cuneta, terraplén o desmonte. Será en todo caso de dominio público el terreno ocupado por los soportes de las estructuras."

56. Artículo 8 de la NFCaCamGuipuzkoa, "Alcance del dominio público viario. Zona de dominio público": "[...] 4. El dominio público viario de los caminos se extiende a toda su explanación, incluidas sus estructuras, muros, obras de fábrica y demás elementos funcionales. 5. A efectos de lo previsto en esta norma foral todos los terrenos de dominio público viario de una carretera o camino constituyen su 'zona de dominio público'."

57. El artículo 75.1 del RLCa establece que: "Los proyectos de construcción o trazado de nuevas carreteras, variantes, duplicaciones de calzada, acondicionamiento, restablecimiento de las condiciones de las vías y ordenación de accesos habrán de comprender la expropiación de los terrenos a integrar en la zona de dominio público, incluyendo en su caso los destinados a áreas de servicio y otros elementos funcionales de la carretera."

b) Se establece que la decisión de prever una zona de protección de los caminos corresponde al instrumento de planificación viaria (LcaComVal).⁵⁸

c) Una única zona de protección (LcamEx).⁵⁹

d) La aplicación del régimen de limitaciones de las carreteras locales (PCarPAst).⁶⁰

f) Se reproduce con matices y singularidades el esquema y tipología de la legislación de carreteras (NFC-amAl y NFCarCamGui).

5.3.1. La regulación de la Norma foral de carreteras y caminos de Gipuzkoa

La NFCarCamGui es la que regula con mayor precisión la cuestión que nos ocupa. Los caminos, que se establece en el artículo 3 que son de titularidad municipal en todo caso, se definen en el artículo 2 por un doble criterio. El primero establecido por oposición a la definición de carreteras: "[...] todas las vías de comunicación terrestre de titularidad pública destinadas al uso público, cuando, por no encontrarse pavimentadas o por no reunir los requisitos y características técnicas normales de las proyectadas, construidas o acondicionadas para la circulación de vehículos automóviles, no puedan calificarse de carreteras." El segundo, por su carácter rural o forestal: "[...] las pistas rurales y forestales de titularidad pública, aunque se encuentren pavimentadas."

Los municipios de Gipuzkoa pueden redactar planes municipales de carreteras y caminos, con el mismo o

similar objeto que el del Plan Territorial de Carreteras de Gipuzkoa, pero tienen la naturaleza de planes especiales y se tramitan como tales, con los efectos previstos en la legislación urbanística vigente (artículo 19). La planificación de los caminos no es autónoma sino que se integra, por tanto, en el planeamiento urbanístico mediante el instrumento del plan especial.

Las normas sobre uso de las zonas de protección adyacentes a las carreteras y los caminos de Gipuzkoa pueden completarse mediante la aprobación de planes especiales y ordenanzas para su protección y defensa. Los planes y ordenanzas pueden tener como ámbito de aplicación objetivo todos los espacios visibles desde la carretera o el camino, por tanto, más amplio que el de las zonas de protección del camino (artículo 75).

El artículo 5 de la NFCarCamGui establece que queda prohibida toda construcción a tres metros de los caminos, sin indicarse el punto inicial del cómputo, pero debe entenderse que es a partir de la zona de dominio público. A ambos lados de los caminos de Gipuzkoa se establecen dos zonas de protección de diez metros, medidos a partir del borde o línea exterior de la explanación del camino (artículo 53, *in fine*).⁶¹

Los espacios de las zonas de protección en los que está prohibida la construcción, tienen el carácter de zona de servidumbre a efectos de que la Administración titular del camino o, en su caso, la competente en materia de tráfico, puedan utilizar o autorizar la utilización de

58. Los tres primeros apartados del artículo 33:

"1. Con el fin de garantizar la seguridad vial impidiendo que tengan lugar actuaciones que puedan ponerla en peligro, asegurar la disponibilidad de terrenos para la realización de actividades de mantenimiento de las vías o la instalación de servicios anexos a las mismas, y proteger los usos circundantes del impacto negativo de las vías, se fijará mediante la planificación viaria una zona de protección a ambos márgenes de las vías públicas con la amplitud que se considere necesaria en cada caso.

"2. En los terrenos clasificados como urbanos las zonas de protección podrán venir determinadas en el planeamiento urbanístico, previo informe vinculante de la Administración titular de la vía.

"3. En defecto de plan o proyecto que señale la anchura de esta zona o cuando determinaciones del mismo no la recoja, se entenderá que la misma abarca un espacio delimitado por dos líneas situadas a las siguientes distancias, medidas desde la arista exterior de la calzada más próxima: cincuenta metros en autopistas y autovías, veinticinco metros en vías rápidas y en las demás vías de la Red Básica y dieciocho metros en las restantes carreteras."

El apartado 3 no señala ningún mínimo para los caminos.

59. "Artículo 8. Zona de protección.

"En aquellos caminos en los que exista, a la entrada en vigor de la presente ley, una zona de protección en uno o ambos lados del mismo, se mantendrá la misma como servidumbre al dominio público.

"En caso de no existir, la Administración titular podrá establecer dicha zona de protección con una anchura máxima de dos metros a ambos lados del camino, si lo estima conveniente para el uso adecuado del mismo.

"Las zonas de protección deberán mantenerse en condiciones de seguridad a fin de evitar cualquier riesgo para el camino o sus usuarios. Los propietarios de las fincas colindantes impedirán en todo caso la caída de objetos y la salida de animales al camino, construyendo para ello y por su cuenta las protecciones y los cierres que resulten precisos."

60. La disposición adicional primera, como sabemos, establece que los caminos rurales (definidos como "las vías de comunicación que de modo prioritario cubran las necesidades de tráfico generado en las áreas rurales

bien dando servicio a núcleos de población o a los predios agrícolas o forestales"), construidos por la comunidad autónoma, y que no pueden clasificarse como carreteras, se ceden a los concejos y mientras ello no sucede "estarán afectados por el régimen de limitaciones establecido en la presente ley para las carreteras locales". Ello conlleva que la zona de dominio público se extiende a los elementos funcionales más una franja de tres metros, que la línea de edificación y la zona de servidumbre ocupen la franja de ocho metros a contar desde la zona de dominio público y la zona de afección la franja de treinta metros.

61. La regulación de su régimen es muy pormenorizada:

a) No se podrán realizar en ningún caso otros usos o actividades que aquellos que sean incompatibles con la seguridad vial y el mantenimiento de la carretera o el camino y sus elementos (artículo 54).

b) La utilización del suelo, de las edificaciones y otros bienes situados en zonas de protección se realizará en todo caso en las condiciones establecidas en la norma foral (artículo 54).

c) Los titulares de terrenos, árboles, carteles, urbanizaciones, instalaciones, edificaciones y construcciones y demás elementos de todo tipo situados en las zonas de protección de los caminos de Gipuzkoa deberán mantenerlos en condiciones de seguridad a fin de evitar cualquier riesgo para el camino o sus usuarios (artículo 56.1).

d) Los propietarios de fincas colindantes impedirán en todo caso la caída de objetos y la salida de animales a la carretera o el camino, construyendo para ello y por su cuenta las protecciones y cierres que resulten precisos (artículo 56.2).

e) Las conducciones subterráneas y sus elementos complementarios sólo podrán colocarse en las zonas de protección de los caminos a una distancia inferior a la prevista con carácter general para las construcciones e instalaciones cuando existan razones que así lo aconsejen y siempre que quede garantizada la seguridad viaria. En todo caso, la distancia no podrá ser inferior a un metro del borde o línea exterior de la explanación (artículo 61).

f) Los edificios que se construyan en la zona de protección de los caminos se situarán siempre a las distancias mínimas establecidas con carácter general para las construcciones (artículo 62).

los terrenos, para necesidades de conservación y gestión del camino.⁶² Los cierres tienen la consideración de construcciones y se les aplica, en general, su régimen jurídico (distancia mínima de tres metros respecto del camino), con excepciones para los cierres diáfanos que no disminuyan la visibilidad y con la prohibición expresa de que los cierres en la zona contigua a la carretera o camino no pueden ser de alambre de espino.

5.3.2. La regulación de la Ley de caminos públicos de Extremadura

El artículo 8 de la LCaEx establece con carácter potestativo la existencia de una zona de protección de dos metros a cada lado del camino;⁶³ que estas zonas de protección deberán mantenerse en condiciones de seguridad, a fin de evitar cualquier riesgo para el camino o sus usuarios, y que los propietarios de las fincas colindantes impedirán, en todo caso, la caída de objetos y la salida de animales al camino, construyendo para ello, y por su cuenta, las protecciones y cierres que resulten precisos.

5.3.3. La regulación de la Norma foral de caminos vecinales de Alaba

La NFCVCamAl establece las zonas de dominio público, servidumbre y afección, y superpone a las mismas la denominada línea límite de edificación. La zona de servidumbre de los caminos rurales consiste en dos franjas de terreno a ambos lados de los mismos, delimitadas interiormente por la zona de dominio público y exteriormente por dos líneas de puntos equidistantes a las aristas exteriores de la explanación a una distancia de

metro y medio. Es indemnizable la ocupación de la zona de servidumbre y los daños y perjuicios que se causen por su utilización.

La zona de afección del camino consiste en dos franjas de terreno a ambos lados del mismo, delimitadas interiormente por la zona de servidumbre y exteriormente por dos líneas de puntos equidistantes a las aristas exteriores de la explanación a una distancia de seis metros, desde las citadas aristas.

A ambos lados de los caminos se establece la línea límite de edificación, desde la cual hasta el camino queda prohibido cualquier tipo de construcción, reconstrucción o ampliación, a excepción de las que resultaren imprescindibles para la conservación y mantenimiento de las construcciones existentes.

La línea límite de edificación se sitúa a ocho metros de la arista exterior de la zona de dominio público medida en horizontal y perpendicularmente al eje del camino a partir de la mencionada arista.

5.4. Valoración de la legislación de carreteras autonómica y de caminos, y su proyección sobre la potestad normativa local

El examen de la legislación autonómica de carreteras, y de manera singular de la de caminos, permite delimitar el alcance de la competencia municipal de conservación y policía de caminos, en la vertiente relativa a la delimitación del derecho de propiedad en el entorno de éstos. El objeto y la finalidad de esta delimitación es: evitar el deterioro y los daños en el camino (sirva de ejemplo la

g) La instalación de invernaderos para explotaciones agrícolas, siempre que no disminuyan la visibilidad de la carretera y sean fácilmente desmontables, podrá realizarse a distancias inferiores a las establecidas con carácter general (en todo caso la distancia no podrá ser inferior a un metro del borde o línea exterior de la explanación), pero siempre fuera de la zona de dominio público y quedando debidamente garantizadas las exigencias de seguridad (artículo 64).

h) Los movimientos de tierras y excavaciones sólo podrán realizarse si su objeto o la finalidad que los justifica resulta autorizable y será necesario, en todo caso, que no afecten a las condiciones de drenaje ni saneamiento y no alteren la estabilidad de la explanación del camino (artículo 65).

i) No podrán realizarse plantaciones si las mismas pueden constituir perjuicio para el camino u originar inseguridad a los usuarios de los mismos. En todo caso las nuevas plantaciones de arbolado no podrán realizarse a menos de tres metros del borde o línea exterior de la explanación (artículo 66).

j) No podrán realizarse talas de árboles si las mismas resultan perjudiciales para la carretera o camino por variar el curso de las aguas o producir inestabilidad de los terrenos y la calzada; los paseos y las cunetas del camino deberán permanecer en todo momento en perfectas condiciones de limpieza (artículo 67).

k) Los tendidos de líneas eléctricas, telefónicas, telegráficas u otras instalaciones aéreas habrán de realizarse a una distancia mínima del borde o línea exterior de la calzada de vez y media la altura de sus postes. En el caso de líneas eléctricas de alta tensión la distancia mínima será, además, la misma que la requerida para construcciones en general (artículo 68).

l) Discrecionalmente, y garantizando en todo caso la seguridad viaria, la Administración podrá autorizar en la zona de protección usos y obras provisionales o instalaciones ligeras fácilmente desmontables. La autorización en estos casos se otorgará a precario y con plazo máximo determinado (artículo 72).

62. Los propietarios (artículo 70) deben admitir los siguientes usos:

a) Almacenar temporalmente materiales, maquinaria, y herramientas destinadas a las obras de construcción, reparación, conservación o explotación de la carretera o el camino.

b) Realizar trabajos relacionados con la conservación o explotación de la carretera o el camino.

c) Depositar temporalmente objetos o materiales de cualquier tipo que por cualquier causa se encuentren en la carretera o el camino y constituyan un obstáculo o peligro para el tránsito.

d) Estacionar temporalmente vehículos o remolques que no puedan ser obligados a circular por avería o cualquier otra razón.

e) Verter las aguas procedentes de la carretera o el camino.

f) Colocar con carácter provisional señales de tráfico o señales indicadoras.

g) Realizar otros usos para fines análogos orientados al mejor servicio de la carretera o el camino.

Los daños y perjuicios que pudieran causarse por estos usos deberán ser evaluados e indemnizados de acuerdo con los criterios de la legislación sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. El abono de las indemnizaciones correrá siempre a cargo de la Administración, que podrá repercutir su importe en el beneficiario o responsable de los hechos que motivaron la ocupación (artículo 71).

63. "En aquellos caminos en los que exista, a la entrada en vigor de la presente ley, una zona de protección en uno o ambos lados del mismo, se mantendrá la misma como servidumbre al dominio público. En caso de no existir, la Administración titular podrá establecer dicha zona de protección *con una anchura máxima de dos metros* a ambos lados del camino, si lo estima conveniente para el uso adecuado del mismo."

alteración de los cursos del agua por los movimientos de tierra); garantizar su funcionalidad (sirva de ejemplo el régimen jurídico de las vallas y cierres con la diferenciación si son o no diáfanos o si son o no de obra), y la protección del entorno y del paisaje (sirva de ejemplo la LCaAnd y la legislación urbanística).

El examen de la legislación también permite acreditar las diferencias y los matices entre la regulación de las zonas de protección de las carreteras y los caminos, en especial en lo relativo a la zona adyacente de dominio público y a la zona de servidumbre. También acredita la interrelación entre legislación de caminos y urbanística. En definitiva permite conocer el objeto y la finalidad de la delimitación del derecho y que sus límites son consecuencia de la afectación del camino a unos concretos usos públicos, la garantía de los cuales es la última justificación de la delimitación del derecho de propiedad en el entorno del camino.

6. El alcance de la potestad normativa local para delimitar el derecho de uso y edificación en el entorno del camino

6.1. La interrelación entre titularidad del dominio y la delimitación del derecho de uso y edificación del entorno

Corresponde ya profundizar en la competencia municipal y en la relación entre las ordenanzas locales y la ley. Los aspectos relativos a la aplicación en cada comunidad autónoma y territorio histórico de las normas de carreteras y camino y urbanísticas, los damos por cerrados con lo dicho hasta aquí. Nos ocuparemos ahora del planteamiento general y de su resolución únicamente desde las normas constitucionales y las de régimen local.

En la primera parte de este comentario (QDL, 2), observábamos que las ordenanzas cumplían como primera función determinar el uso común y concretar el uso común general y los usos comunes especiales. En esta segunda parte hemos examinado primero la delimitación del derecho de uso y edificación en el entorno del camino y posteriormente, al hilo del contenido de las ordenanzas, el régimen de infracciones y sanciones que establecen.

Será objeto de análisis, por tanto, el ejercicio de la potestad normativa local sobre ámbitos distintos: la regulación del uso del camino, la delimitación del derecho de uso y edificación en el entorno del camino y la tipificación de infracciones y sanciones. Sin embargo, hay que advertir, la interrelación entre la delimitación del derecho de propiedad del entorno y la definición y

concreción del uso común general y especial del camino (inexcusable para todo bien adscrito al dominio público y afectado al uso público). La delimitación del derecho de propiedad en el entorno del camino tiene como finalidades, entre otras, como hemos reiterado, evitar el deterioro y los daños en el camino y garantizar su funcionalidad.

La competencia para lo uno (adscribir un bien al dominio público, que exige establecer el uso común general) conlleva la competencia para lo otro (proteger la integridad del bien y garantizar que los usuarios puedan llevar a cabo el uso común general y que no lo impida la actuación de los propietarios de los bienes inmuebles del entorno).

La anterior afirmación debe ponderarse de acuerdo con el alcance y contenido de la competencia de conservación y policía de caminos rurales. Ya hemos señalado que esta competencia tiene el mismo alcance que establece Martínez-Carrasco Pignatelli⁶⁴ para las travesías: “[...] las competencias de conservación y mantenimiento de una travesía (en nuestro caso de un camino) suponen la misma idea, *la de cuidar de la obra pública, procurando que su buen estado dure permanentemente*.” Palabras que, a nuestro entender, como ya dijimos, pueden proyectarse, sin dificultad, para explicar el alcance de la competencia de la conservación de los caminos y que debería permitir a los municipios –que ostentan la titularidad demanial del camino y la competencia de su conservación [artículo 25.2.d) de la LBRL], impedir que actividades privadas puedan causar daños al camino, a sus usuarios y las posibilidades de uso.

La definición de la competencia de conservación de los caminos como la procura que su buen estado dure permanentemente justifica que hagamos una breve referencia a la jurisprudencia sobre la potestad normativa local amparada en la titularidad de bienes de dominio público. Es decir, amparada en la obligación de garantizar la efectiva satisfacción *permanente* de las necesidades públicas que justifican la *afectación* del bien al dominio público.⁶⁵ El hilo conductor de las sentencias que examinaremos consiste en que la titularidad del dominio permite limitar vía ordenanza municipal el ejercicio del derecho a la libertad de empresa. La habilitación para dictar la ordenanza se fundamenta, según los tribunales, en la titularidad demanial, no en la propiedad sobre el bien (el municipio no limita el derecho de libertad de empresa por el hecho de que sea el propietario del camino u otro bien de uso público, sino porque el camino está afectado al dominio público). De estas sentencias se puede concluir que los tribunales

64. Ver la nota 23 y el texto a que se refiere.

65. Ello obliga a poner en relación la competencia de conservación de caminos, como permanencia (“en buen estado”) de la afectación al dominio público [artículo 25.2.d) de la LBRL], con las competencias locales de afecta-

ción de bienes al dominio público (establecidas en el artículo 79.3 de la LBRL y su desarrollo reglamentario). En definitiva la competencia de conservación exige garantizar la afectación permanente (conservación) del camino al dominio público.

sólo exigen al municipio ser el titular demanial del bien para delimitar el ejercicio del derecho de libertad de empresa, es decir, ser el responsable de garantizar la satisfacción de las finalidades que justifican la afectación del bien al dominio público. Por tanto, con el mismo fundamento, la titularidad demanial, los tribunales deberían aceptar también que se delimite el derecho de propiedad del entorno, dado que: a) el municipio tiene la competencia de conservación de los caminos, que no es otra cosa que garantizar la permanencia en buen estado de la afectación del camino al dominio público, y b) el derecho de propiedad y el de libertad de empresa están sometidos, por igual, al régimen de reserva material a la ley previsto en el artículo 53 de la CE. Este es el razonamiento que justifica el repaso de esta concreta jurisprudencia.

6.2. La jurisprudencia dictada respecto de ordenanzas en la que su regulación se ampara en la titularidad del dominio y afectan a la libertad de empresa

En relación con la regulación del dominio público mediante ordenanzas amparadas en la titularidad demanial pueden destacarse tres sentencias, entre las relativamente recientes. Veámoslas:

a) La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/331) examina un recurso de casación de Telefónica contra la sentencia del Tribunal Superior de Las Palmas de Gran Canaria que desestima un recurso contra una ordenanza que regula la utilización del dominio público. El interés de la sentencia es que el Tribunal Supremo no tiene ninguna duda de que el derecho de ocupación del dominio público local por los operadores (una manifestación del derecho a la libertad de empresa) puede delimitarse mediante la ordenanza de uso del dominio público. La regulación se fundamenta en la competencia municipal para establecer *“las exigencias derivadas del tráfico y del uso común general de dichas vías* (artículos 74 y siguientes del RBEL)” y del *“interés del ayuntamiento por preservar el dominio público municipal de descontroladas intervenciones que perjudiquen a los ciudadanos, como puede ser la constante apertura de zanjas en la vía pública que perturben el tráfico o la utilización peatonal, aspecto contemplado en la LRBRL [artículos 2, 25.1 y 2.b) y 78 y siguientes del RBEL]”*. Por la misma razón, entendemos, si los eventuales perjuicios provinieran del ejercicio del derecho de uso y edificación en las propiedades situadas en el entorno del dominio público, sería legítimo que la ordenanza delimitara su contenido para evitarlos.

b) La STSJ de las Islas Baleares, en la Sentencia de 8 de febrero de 2002 (Aranzadi 2002/484) resuelve una cuestión que interrelaciona la libertad de empresa y la utilización del dominio público. Se trata de una empresa cuyo objeto social es la distribución publicitaria y que

interpone recurso contra los decretos del Ayuntamiento de Palma de Mallorca por los cuales se le deniega licencia para efectuar publicidad dinámica en su modalidad manual en la vía pública.

El fundamento de la denegación radica en lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ordenanza municipal de publicidad dinámica del ayuntamiento, en el que se establece una lista tasada de personas y entidades que, por razón de la actividad a publicitar, pueden obtener la licencia para realizar este tipo de publicidad. La demandante, que se dedica a la difusión publicitaria en general, no se encuentra dentro de la lista tasada de actividades autorizables, según la ordenanza.

El concepto de publicidad dinámica se establece en la Ley autonómica 5/1997, de publicidad dinámica en las Islas Baleares, como *“aquella forma de comunicación realizada por personas físicas o jurídicas, ya sean públicas o privadas, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal, social o profesional, encaminada al fin de promover la contratación de bienes o servicios de toda clase, inclusive derechos y obligaciones o la difusión de mensajes de naturaleza social, cultural, política o de cualquier otra, realizada por medio del contacto directo de los agentes publicitarios con los posibles usuarios o clientes y con la utilización preferente, para su práctica, de zonas de dominio público, vías y espacios libres públicos y zonas privadas de concurrencia pública”*.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso porque las actividades se realizan en la vía pública y pueden resultar molestas para quienes la utilizan (de hecho perturba el uso común general) y porque la ordenación tiene fundamento en el ejercicio de competencias propias. Todo ello permite una vinculación negativa de la ordenanza a la ley autonómica; en palabras de la sentencia, *“la ley no es sino ‘un marco normativo’ a partir del cual las entidades locales desarrollen por vía de ordenanza las respectivas regulaciones [...]”*.

La misma vinculación que tienen, a nuestro parecer, las ordenanzas que examinamos, aunque el límite legal es, en nuestro caso, que la delimitación del derecho debe servir para garantizar la permanencia de la afectación del camino al dominio público (es decir, garantizar su integridad y posibilidad de uso).

c) La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2000 (RJ 2000/262) examina la denegación de una autorización para instalar un quiosco en la vía pública, motivada en un informe desfavorable de la Policía Municipal. Interesan especialmente las consecuencias que el Tribunal Supremo atribuye a la inexistencia de ordenanza municipal: *“[...] el artículo 82.2 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, [...] reconoce la potestad de los entes locales para dictar actos que habiliten para la ocupación del dominio público condicionando-*

los a que exista o no un interés público en el otorgamiento del acto habilitante solicitado. Razonamiento que se mantiene en este motivo (de casación) es que, contra lo que afirma la sentencia recurrida, *no se produjo una autolimitación de las facultades y potestades municipales por vía general al aprobarse una ordenanza reguladora en la que se declara que si se cumplen las condiciones ha de otorgarse la autorización o concesión solicitada*. [...] no existiría obstáculo para acoger el punto de vista de que una apreciación razonada de los motivos de interés público para denegar la ocupación del suelo debe prevalecer contra una normativa que, quizá de modo desafortunado, está regulando la percepción del precio público [...].”

Estas razones de interés público deben referirse, volviendo a la cuestión que nos ocupa, a garantizar la satisfacción de las finalidades que justifican la afectación al dominio público.

6.3. Criterios para delimitar la aplicación a las ordenanzas municipales de los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa

A pesar de que rehuimos de manera expresa abordar la potestad normativa como objeto de estudio abstracto, dado que esta sección se ocupa de concretas ordenanzas, para precisar el alcance de la potestad normativa local para delimitar el derecho de propiedad en el entorno de los caminos hemos de aproximarnos a los principios que rigen en la relación de la ordenanza municipal con la ley. Destacaremos los siguientes aspectos:

a) El Tribunal Constitucional ya ha precisado el alcance de la modulación del principio de la reserva de ley cuando se proyecta sobre las ordenanzas municipales (STC 233/1999 de 16 de diciembre, 106/2000, de 4 de mayo, y 132/2001, de 8 de junio), por el carácter representativo del Pleno municipal y porque la garantía institucio-

nal de la autonomía local impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia. Es decir, la modulación resulta del principio democrático, del carácter de entes dotados de autonomía constitucionalmente garantizada y de la proyección de ambos aspectos sobre los elementos esenciales que debe contener necesariamente la norma legal.

Existe, por tanto, un haz diferenciado de relaciones entre la ley y el reglamento, en el entorno del principio de reserva material a la ley, según el reglamento tenga su origen en el gobierno del Estado o de las comunidades autónomas o en la asamblea representativa del municipio. Haz diferenciado que tiene su fundamento fundamentado en el principio democrático y de autonomía, que matizan el principio de reserva material a la ley.

Aunque la doctrina es conocida, es importante volver a destacar que la STC 132/2001, al referirse a la doctrina asentada en las STC 233/1999 y 106/2000, establece: “[...] expresamente dijimos entonces que el ámbito de colaboración normativa de los municipios, en relación con los tributos locales, era mayor que el que podría relegarse a la normativa reglamentaria estatal. Dos datos normativos consideramos entonces relevantes para llegar a aquella conclusión: que las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano —el Pleno del ayuntamiento— de carácter representativo [artículo 22.2.d) de la Ley reguladora de las bases del régimen local de 1985, en adelante LBRL]; y que la garantía local de la autonomía local (artículos 137 y 140 de la CE) impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia —como los tributos locales— donde está claramente presente el interés local.”

b) Existe un haz común de relaciones entre la ley y el reglamento, con independencia del origen de la norma reglamentaria, construido por la aplicación del principio de jerarquía normativa.⁶⁶

66. La jurisprudencia de manera sistemática sostiene al amparo del principio de jerarquía normativa, que los derechos reconocidos por ley son un límite infranqueable para el reglamento. Aunque ello es sobradamente conocido lo ejemplizaremos con la línea jurisprudencial consolidada respecto a las ordenanzas reguladoras del uso de los bienes comunales, que resulta de la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 (Aranzadi 1995/8567), que reitera los criterios ya contenidos en la Sentencia de 22 de julio de 1992 (Aranzadi 1992/6581) al establecer que: “La exigencia de que la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación, artículo 132.1 de la CE, excluye el que por una norma reglamentaria se transgreda el marco legal establecido en la regulación de los bienes comunales, cuya titularidad corresponde a los vecinos, artículo 346 de la compilación de Navarra y el derecho a su aprovechamiento conforme a la Ley, en este caso foral, 6/1986 de Navarra, por corresponder a su Parlamento la competencia para promulgarla; y en la que se determina el ámbito de la competencia municipal en orden a los aprovechamientos de los bienes comunales sin que en virtud de esa competencia se pueda imponer a los vecinos unos condicionamientos restrictivos de su derecho patrimonial en la forma que esté determinada en la ley.” Esta doctrina se sigue por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Conten-

cioso-Administrativo) de 16 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/524), que establece que, como consecuencia de la definición por ley de los bienes comunales como aquellos que tiene por objeto el aprovechamiento por el común de los vecinos, no puede una ordenanza, en cuanto que norma reglamentaria, exigir para el aprovechamiento de los pastos de unos bienes comunales, que además de la condición de vecino, el propietario del ganado lo tenga estabulado en el municipio durante la época en que no es posible el pastoreo. La sala establecerá que al reconocer directamente por la ley un derecho “a los vecinos”, la ordenanza la vulnera si exige para el ejercicio del derecho un requisito ajeno a esa condición (que establece el ganado en el municipio). La jurisprudencia admite que la ordenanza precise y delimite la condición de vecino (y exija la permanencia efectiva en el municipio y no sólo el empadronamiento), pero considera vulneración de la ley establecer un requisito ajeno, en opinión de la sala, a ese concepto (delimitado a través de la interpretación sistemática del ordenamiento que la sala considera ajustada a derecho).

En este terreno de la posibilidad de desarrollo de la ley sin vulnerarla, es donde se mueven los interrogantes prácticos del principio de jerarquía normativa, dado que la jurisprudencia adopta una posición genérica que proyectada sobre cada caso concreto puede exigir un importante esfuerzo de interpretación.

c) En todo caso, la relación ley-reglamento, sea cual sea el origen de éste y sin perjuicio de matizaciones que deben ponderarse para las ordenanzas locales en lo relativo al principio de reserva material a la ley, debe examinarse una vez se ha determinado el concreto alcance de las concretas reservas materiales a la ley establecidas constitucionalmente, que no están sometidas a un régimen homogéneo.⁶⁷

La doctrina del Tribunal Constitucional acredita la distinta densidad y finalidad de la reserva de ley en la STC 132/2001. En concreto, se advierte una modulación subjetiva y objetiva del principio de reserva de ley. La modulación objetiva (según la finalidad de la reserva de ley o el derecho a que afecte) se establece en el fundamento jurídico quinto al afirmar “que la reserva de ley sancionadora del artículo 25.1 de la CE es más estricta que la del artículo 133.1 de la CE; ello se debe a que, mientras la reserva de ley tributaria sirve al fin de la autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios, así como a *la preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica posición de igualdad de los contribuyentes* [STC 19/1987, de 17 de febrero (RTC 1987, 19), F 4; 233/1999 (RTC 1999, 233), F 10.c)], *la reserva de ley sancionadora garantiza la posición jurídica de cada ciudadano en relación con el poder punitivo del Estado*”.

La modulación subjetiva se produce en el ámbito de las relaciones “de especial sujeción”, “de poder especial” o simplemente “especiales” definidas por el Tri-

bunal Constitucional como las “situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales”.⁶⁸

6.4. La proyección de los anteriores criterios sobre la delimitación por vía de ordenanza del derecho de propiedad en el entorno de los caminos

La doctrina del Tribunal Constitucional permite sostener que si el interés local está claramente presente, las ordenanzas locales, en ningún caso, son reglamentos ejecutivos de la ley.

Creemos, además, que se va abriendo paso –a partir de la afirmación que la reserva de ley se modula por el principio democrático y el de autonomía local–, que determinadas ordenanzas están vinculadas negativamente a la ley. En concreto, entendemos nosotros, en supuestos en los que, como en la conservación de los caminos, está claramente presente el interés local y la ley que atribuye la competencia no materializa una opción de descentralización sino que tan sólo delimita un ámbito de competencias ya garantizado constitucionalmente.

Como decíamos en la primera parte del comentario (QDL, 2, apartado 8, “La competencia municipal de conservación y policía de caminos”) examinamos una de las competencias propias que conforma el núcleo esencial de la autonomía local (dado que su atribución se puede

Sirvan de ejemplo de criterios genéricos, de compleja proyección a cada caso concreto, los establecidos en:

–La STS de 20 de diciembre de 1994 (Aranzadi 1994/10054), cuando afirma que “la exigencia que se contiene en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución española de ajuste estricto a la ley, en ocasiones debe ser matizado, bien porque el legislador deja de regular minuciosamente determinada materia, bien porque la propia ley permita que la Administración, por vía reglamentaria, complete la acción del legislativo, siempre que ello no sea una innovación respecto de la ley”. Y entre los límites del reglamento establece que “puede explicitar reglas que en la ley están simplemente enunciadas e incluso puede aclarar preceptos de la ley que sean imprecisos”; en definitiva, afirma, “el reglamento no puede contener mandatos nuevos respecto de la ley, pero sí puede comprender las reglas precisas que argumenten la correcta práctica de la ley”.

–La STS de 20 de mayo de 1992 (Aranzadi 1992/4462), al analizar la legalidad de unas ordenanzas municipales, establece que el problema planteado “no es en realidad el de la jerarquía normativa sino el de la ordinalidad del reglamento, es decir, si un reglamento de desarrollo de la ley, como lo es la ordenanza local, puede incorporar nuevas reglas de Derecho al ordenamiento”. La posición del Tribunal Supremo se concreta al afirmar que puede añadir reglas “en el sentido de aclarar, desarrollar y concretar los preceptos legales, dictar normas de procedimiento, y regular la organización”; cuestiones que considera que son susceptibles de regularse por reglamento.

67. BAÑOS LEÓN, José María, “Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria”, Civitas, Madrid 1991, pp. 138 a 147, afirma que la remisión al reglamento cuando se afectan derechos y libertades públicas se encuentra sometida al axioma de que a mayor definición constitucional del contenido, menor posibilidad de intervención de la remisión normativa, que implica, como consecuencia, que a una mayor capacidad del legislador para configurar un derecho se corresponde una mayor necesidad de colaboración del reglamento en la definición de la ley. En concreto, nos interesa destacar su opinión relativa a lo siguiente: a) que cuando se ordena, restringe o limita el

principio general de libertad de remisión al reglamento puede ser en blanco y solamente es necesaria, por lo tanto, una autorización legal, y b) que sitúa el derecho de propiedad como prototipo, dentro de la escala decreciente de exigencia de regulación legal directa, del de más amplia posibilidad de remisión al reglamento, en un nivel previo al de los derechos más abiertos a la regulación reglamentaria, que son los que exigen la realización de actividades prestacionales por el Estado.

68. En este caso la modulación del principio de reserva de ley, que permite mayor ámbito de regulación al reglamento, la argumenta el Tribunal Constitucional, del siguiente modo: “Entre los derechos modulables en una relación administrativa especial se cuenta el derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la CE. Y aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales; así lo entendió este Tribunal –al menos de forma implícita– en relación con un preso (STC 2/1987, de 21 de enero [RTC 1987, 2], F 2) o con un policía nacional (STC 69/1989, de 20 de abril [RTC 1989, 69], F 1); también se apreció aquella modulación constitucional de derechos fundamentales en relación con un arquitecto colegiado, haciéndose mención expresa del artículo 36 de la CE (STC 219/1989, de 21 de diciembre [RTC 1989, 219], F 3). Sólo tangencialmente, y sin constituir propiamente *ratio decidendi* del caso, se aludió en la STC 61/1990, F 8, a que un detective privado con autorización administrativa se encontraba en una ‘relación especial de sujeción’, aun cuando aquella relación administrativa especial no tuviera base directa en la Constitución o en una ley conforme con la Constitución. Con todo, y como también declaró este Tribunal en las STC 69/1989, de 20 de abril (RTC 1989, 69), F 1, y 219/1989, de 21 de diciembre, F 2, incluso en el ámbito de una ‘relación de sujeción especial’ una sanción carente de toda base normativa legal resultaría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25 de la CE.”

seguir, sin dificultad, desde la legislación del siglo XIX hasta nuestros días), expresión que utilizamos (núcleo esencial), en el sentido de competencia mínima garantizada a los municipios por la Constitución, como la define Sánchez Morón.

Para estos supuestos la vinculación pudiera tener el mismo alcance⁶⁹ que el Tribunal Constitucional establece para los reglamentos autónomos en la STC 55/1989, de 23 de febrero, si la ley establece unos mínimos contenidos sustantivos de la materia reservada a la ley.

La doctrina del Tribunal Constitucional exige siempre un contenido mínimo de regulación sustantiva que ha de establecer la ley en las materias reservadas. En el caso de la conservación de caminos ese contenido está fijado; consiste en que la ley establece, en nuestra opinión, que por vía de ordenanza sólo se pueden delimitar los derechos de propiedad y de libertad de empresa para garantizar la afectación permanente (conservación) del camino al dominio público [regulación que se deduce del artículo 25.2.d) en relación con el artículo 79.3 de la LBRL y el desarrollo reglamentario de este último].

La STC 55/1989, a la que nos referíamos, establece que "[...] los estatutos, aunque tengan su norma habilitante en la ley no son en realidad normas dictadas en su desarrollo; son reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoordenación de la universidad en los términos que permite la ley [...] *los estatutos se mueven en un ámbito en que el contenido de la ley no sirve sino como parámetro controlador o límite del texto* [...]"⁷⁰

En definitiva, corresponderá a los tribunales establecer, respecto de las ordenanzas locales que examinamos, no la oportunidad o razonabilidad de la decisión, sino su razonabilidad para garantizar que la afectación permanente al dominio público se mantenga (en el sentido que hasta aquí hemos utilizado la expresión, de garantizar la integridad del bien y su uso común general). El

Tribunal deberá examinar, por tanto, la lógica conexión entre la decisión y la competencia atribuida por la ley y que la ordenanza no vulnera la ley como *parámetro o límite* (límite constituido por el hecho que la delimitación del derecho sirva para garantizar la permanencia de la afectación del camino al dominio público).

6.5. Los tribunales, mediante la interpretación sistemática de la Constitución, no aplican la reserva material a la ley en las materias reguladas por los reglamentos comunitarios y por los reglamentos de los territorios históricos. Importancia de la cuestión en la relación entre reserva material a la ley y autonomía local

La necesidad de modular, respecto a los reglamentos locales, el alcance de la reserva material a la ley se ha convertido en uno de los caballos de batalla de defensa de la autonomía local. Es pacífica y generalizada la opinión que la reserva de ley se erige en uno de los principales obstáculos para la plena realización de la autonomía local, dado que gran número de materias de competencia local están sometidas, aunque sea con distinta densidad, a la reserva material a la ley.

La posición reticente de cierta jurisprudencia a aceptar la ubicación constitucional de las normas locales sorprende si se compara con la interpretación sistemática de la Constitución que realizan los tribunales para validar otro tipo de normas: los reglamentos comunitarios y los reglamentos de los territorios históricos vascos. Los tribunales no tienen ninguna duda de que un reglamento comunitario cumple y satisface la reserva material a la ley en materia sancionadora o que una norma foral dictada por un territorio histórico también satisface dicha reserva material a la ley.

En el primer caso, podemos citar las sentencias de la Audiencia Nacional que dan por supuesto que un reglamento comunitario satisface la reserva material de la ley cuando tipifica infracciones⁷¹ y, respec-

69. El mismo alcance aunque con fundamento distinto, dado que como es sabido, el caso examinado por el Tribunal en esta sentencia se refiere al ejercicio de la potestad de autoorganización.

70. El Tribunal Constitucional utiliza la expresión reglamento autónomo no para referirse a los que se dictan en materia reservada al reglamento, de acuerdo con el modelo de la Constitución francesa y sólo aplicable en el ordenamiento español (cuestión no pacífica) respecto de los reglamentos emanados de los órganos de gobierno de los territorios históricos vascos. Se refiere la STC 55/1989 a los dictados como una manifestación del poder de autoorganizarse propio de los entes dotados de autonomía.

71. La última que conocemos de una larga serie de sentencias es la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) de 14 de noviembre de 2002 (Aranzadi 2003/12), que establece: "[...] para resolver adecuadamente el presente contencioso es necesario tomar en consideración con carácter previo que la sanción impuesta a la entidad actora se halla tipificada en el artículo 3.2 del Reglamento de la CEE núm. 536/1993 [...]. Dispone el artículo 189 del Tratado Constitutivo de la

Comunidad Europea que el reglamento 'tendrá un alcance general' y 'será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los estados miembros', integrándose, pues, en los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, desplegando su eficacia a partir de la fecha que él mismo fije o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación (artículo 191), habiendo declarado el Tribunal de Justicia en S. Comisión v. Italia, de 7 de febrero 1973 (39/1972), que '*son contrarias al Tratado todas las modalidades de ejecución cuya consecuencia podría ser obstaculizar el efecto directo de los reglamentos comunitarios y comprometer así su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad*', estando por tanto prohibida, en principio, cualquier medida interna de recepción o reproducción de los reglamentos comunitarios, como la que la actora ahora reclama, de ratificación del reglamento por una norma nacional, que con rango de ley dote de legalidad a la sanción impuesta que, a su entender, adolece de falta de cobertura legal y cuyo razonamiento debe desestimarse por los motivos expuestos [...]'."

to del segundo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco,⁷² que ni se plantea que las normas forales dictadas por los territorios históricos no puedan establecer infracciones o sanciones.

En ninguno de los dos casos entienden los tribunales que el Parlamento estatal o autonómico deban sancionar con una norma con rango de ley las infracciones tipificadas por las normas comunitarias o por las normas forales de los territorios históricos. Entienden que la Constitución o la legislación básica estatal de régimen local, en determinadas materias, ha hecho una transferencia o reserva de competencias a favor de entes que producen tipos normativos distintos a la ley y que, por tanto, las reservas materiales a la norma con rango de ley, en estos casos, debe entenderse satisfechas a través de la regulación sustantiva suficiente establecida por dichos tipos normativos distintos. Razonamiento plenamente aplicable a los entes locales y que puede deducirse de la confrontación de los artículos que establecen reservas materiales a ley con los artículos que garantizan la autonomía local (que conllevan necesariamente un límite para el legislador que atribuye competencias a los entes locales, dado que alguna habrá garantizada necesariamente por la Constitución), si se matiza que el Tribunal Constitucional ha establecido que no puede entenderse ajustada a la Constitución una norma reglamentaria local totalmente ajena y sin soporte alguno en la legalidad. Que la Constitución no establezca una lista de competencias a favor de los entes locales no invalida el razonamiento, lo matiza tan sólo.

Otras ocasiones tendremos (en próximos comentarios de esta crónica de ordenanzas), para seguir profundizando en esta línea de razonamiento.

72. Pueden verse las distintas sentencias que resuelven recursos contra infracciones tipificadas en la Norma foral del Territorio Histórico de Bizkaia 3/1994, de 2 de junio, de montes y administración de espacios naturales protegidos. A modo de ejemplo, ver la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1136/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 23 de noviembre de 2002.

73. En algún caso hay una renuncia expresa a abordarla, por ejemplo, entre otras, la ordenanza del Ayuntamiento de Montgai (Tarragona), que establece: "Los gastos por los daños ocasionados en la red pública de caminos irán siempre a cargo del causante del daño, sin perjuicio de las sanciones que se puedan imponer de acuerdo con la normativa vigente."

74. La LCa establece en el artículo 31:

"1. Incurrirán en responsabilidad administrativa quienes cometan cualquiera de las infracciones tipificadas en los apartados siguientes de este artículo.

"2. Son infracciones leves:

"a) Realizar obras, instalaciones o actuaciones no permitidas en las zonas de dominio público, de servidumbre o de afección de la carretera, llevadas a cabo sin las autorizaciones o licencias requeridas, o incumplir alguna de las prescripciones impuestas en las autorizaciones otorgadas, cuando puedan ser objeto de legalización posterior. b) Colocar, verter, arrojar o abandonar dentro de la zona de dominio público, objetos o materiales de cualquier naturaleza. c) Realizar en la explanación o en la zona de dominio público, planta-

7. Las infracciones y sanciones para defender la integridad y el uso de los caminos

7.1. El contenido de las ordenanzas examinadas

La polémica doctrinal y jurisprudencial (es conocida la litigiosidad en materia de sanciones administrativas), en torno a la potestad sancionadora de los entes locales y el alcance de la reserva de ley del artículo 25 de la CE, se traslada a la protección de los caminos municipales, dada la estrecha conexión entre la policía de conservación del dominio público y aquella potestad. Las ordenanzas examinadas abordan la cuestión,⁷³ a pesar de las dudas e inseguridad jurídica que preside esta materia (en breve podremos decir que presidía, una vez que las condiciones en que puede ejercerse la potestad sancionadora local, establecidas en la STC 132/2001, de 8 de junio, se vean plasmadas en la futura ley de medidas de modernización del gobierno local).

Las ordenanzas examinadas tipifican infracciones en los diversos ámbitos en que puede verse afectada la integridad del bien y su funcionalidad para el uso general. Ámbitos conexos al conjunto de regulaciones, prohibiciones, autorizaciones y medidas de protección y defensa de los caminos que contienen la legislación y las ordenanzas. Como ya hemos examinado, estos ámbitos hacen referencia: al uso general y a los usos especiales y privativos que exigen autorización o concesión demanial; a la delimitación de las actividades, instalaciones y construcciones que es posible realizar en las distintas zonas de los caminos (zona de dominio público y, en su caso, de servidumbre, de afección y línea de edificación); al deterioro, sustracción, destrucción o daño en los elementos e instalaciones funcionales del camino y, finalmente, a las normas de circulación con vehículos a motor.

La legislación de carreteras, estatal⁷⁴ y autonómica, esta última aplicable a los caminos municipales en los

ciones o cambios de uso no permitidos o sin la pertinente autorización, o sin atenerse a las condiciones de la autorización otorgada.

"3. Son infracciones graves:

"a) Realizar obras, instalaciones o actuaciones no permitidas en las zonas de dominio público, de servidumbre o de afección de la carretera, llevadas a cabo sin las autorizaciones o licencias requeridas, o incumplir algunas de las prescripciones impuestas en las autorizaciones otorgadas, cuando no fuera posible su legalización posterior. b) Deteriorar cualquier elemento de la carretera directamente relacionado con la ordenación, orientación y seguridad de la circulación, o modificar intencionadamente sus características o situación. c) Destruir, deteriorar, alterar o modificar cualquier obra o instalación de la carretera o de los elementos funcionales de la misma. d) Colocar o verter objetos o materiales de cualquier naturaleza que afecten a la plataforma de la carretera. e) Realizar en la explanación o en la zona de dominio público cruces aéreos o subterráneos no permitidos o sin la pertinente autorización o sin atenerse a las condiciones de la autorización otorgada. f) Colocar carteles informativos en las zonas de dominio público, servidumbre y afección sin autorización del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. g) El incumplimiento por los concesionarios de las autopistas y por los titulares de estaciones de servicio de la obligación de instalación, conservación, mantenimiento y actualización de los carteles informativos de las estaciones de servicio más próximas o las ubicadas en áreas de servicio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Real decreto ley 15/1999, de 1 de octubre, por

términos que hemos explicado anteriormente (apartado 3.1, “Aplicabilidad directa y supletoria de la legislación autonómica de carreteras a los caminos municipales”); la legislación de caminos públicos (la LCamEx y las normas forales NFCVCamAI y NFCarCamG)⁷⁵ y la legislación de vías pecuarias⁷⁶ prevén cuadros de infracciones y sanciones. Las infracciones tipificadas responden a los indicados parámetros: daños en el dominio público, el uso incorrecto de la vía y la vulneración de las normas sobre usos, instalaciones y edificaciones en las distintas zonas de protección. La cobertura legal, en los términos establecidos en al STC 132/2001, que otorga a los municipios para ejercer la potestad sancionadora es dispar, depende del ámbito de aplicación de cada norma y del alcance que pueda darse a su aplicación supletoria en el ámbito sancionador, extremos en los que nos hubiéramos detenido, de no ser tan próxima la futura aproba-

ción de la ley de medidas de modernización del gobierno local.

El esquema de la legislación de carreteras y caminos se reproduce en las ordenanzas examinadas. Un gran ámbito de los actos tipificados como infracciones hacen referencia a las actuaciones realizadas sin la preceptiva licencia.

En primer lugar debe examinarse la realización de usos calificados como comunes especiales sin la autorización demanial. En este punto puede producirse confusión entre las normas de circulación y la realización de usos comunes especiales sin licencia. Ponce Solé⁷⁷ nos permite acreditar lo anterior cuando argumenta que la utilización de vehículos a motor en las vías pecuarias sin autorización demanial está tipificado como infracción por el hecho que el artículo 16 de la Ley estatal de vías pecuarias califica este tipo de circulación como un

el que se aprueban medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de hidrocarburos.

“4. Son infracciones muy graves:

“a) Realizar obras, instalaciones o actuaciones no permitidas entre la arista exterior de la explanación y la línea de edificación, llevadas a cabo sin las autorizaciones o licencias requeridas, o incumplir alguna de las prescripciones impuestas en las autorizaciones otorgadas. b) Sustraer, deteriorar o destruir cualquier elemento de la carretera directamente relacionado con la ordenación, orientación y seguridad de la circulación o modificar intencionadamente sus características o situación, cuando se impida que el elemento de que se trate siga prestando su función. c) Destruir, deteriorar, alterar o modificar cualquier obra o instalación de la carretera o de los elementos funcionales de la misma cuando las actuaciones afecten a la calzada o a los arcones. d) Establecer en la zona de afección instalaciones de cualquier naturaleza o realizar alguna actividad que resulte peligrosa, incómoda o insalubre para los usuarios de la carretera sin adoptar las medidas pertinentes para evitarlo. e) Dañar o deteriorar la carretera circulando con pesos o cargas que excedan de los límites autorizados. f) Las calificadas como graves cuando se aprecie reincidencia. g) Establecer cualquier clase de publicidad visible desde la zona de dominio público de la carretera.”

75. Sirva de ejemplo la LCamEx, que establece las siguientes infracciones:

Infracciones muy graves (artículo 34).

–Causar daños de consideración en la estructura (firme, cunetas y obras de fábrica) de los caminos por circular con pesos o cargas que excedan los límites autorizados, así como por efecto del riego deficiente de las parcelas colindantes al camino.

–Realizar movimientos de tierras, excavaciones u otros actos que perjudiquen o pongan en riesgo las estructuras o explanación.

–Arrojar o verter materiales u objetos de cualquier naturaleza con peligro para el tránsito y circulación por la vía.

–Colocar sin autorización cierres en zona de dominio público.

–Depositar, colocar u ocupar el camino con maquinaria, materiales u objetos sin autorización.

–Cualesquiera actos u omisión que destruya, deteriore o altere gravemente los elementos esenciales del camino.

Infracciones graves (artículo 35).

–Realizar todo tipo de trabajos, obras, construcciones o instalaciones en la zona de dominio público o a distancias inferiores a las permitidas por las ordenanzas o los reglamentos correspondientes.

–Obstruir con actos u omisiones el ejercicio de las funciones de explotación y policía a la Administración titular.

–Incumplir las prescripciones impuestas en las autorizaciones otorgadas.

–Establecimiento de cualquier clase de publicidad, sin la autorización preceptiva.

–Realizar en la zona o los bienes pertenecientes al dominio público viario, sin autorización, cualquier actividad, trabajo u obra, siempre que no pueda ser calificada como infracción muy grave en virtud de lo establecido en el artículo anterior.

–Las infracciones calificadas como leves cuando exista reincidencia.

Infracciones leves (artículo 36).

–Realizar actuaciones sometidas a autorización administrativa, sin haberla obtenido previamente cuando puedan ser objeto de legalización posterior.

–Incumplir alguna de las prescripciones impuestas en las autorizaciones otorgadas cuando el incumplimiento fuera legalizable.

76. La legislación vigente en esta materia es: la Ley 3/1995, de 23 de marzo, estatal de vías pecuarias; la Ley de Castilla-La Mancha 9/2003, de 20 de marzo, de vías pecuarias; la Ley de Madrid 8/1998, de 15 de junio, de vías pecuarias; la Ley foral de Navarra 19/1997, de 15 de diciembre, de vías pecuarias; el Reglamento de la Junta de Extremadura de vías pecuarias, aprobado por el Decreto 49/2000, de 8 de marzo; el Reglamento de la Junta de Andalucía de vías pecuarias, aprobado por el Decreto 155/1998, de 21 de julio, y el Reglamento del Gobierno de La Rioja de vías pecuarias, aprobado por el Decreto 3/1998, de 9 de enero.

El artículo 21 de la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, clasifica las siguientes infracciones:

“2. Son infracciones muy graves:

“a) La alteración de hitos, mojones o indicadores de cualquier clase, destinados al señalamiento de los límites de las vías pecuarias. b) La edificación o ejecución no autorizada de cualquier tipo de obras en terrenos de vías pecuarias. c) La instalación de obstáculos o la realización de cualquier tipo de acto que impida totalmente el tránsito de ganado o previsto para los demás usos compatibles o complementarios. d) Las acciones u omisiones que causen daño o menoscabo en las vías pecuarias o impidan su uso, así como la ocupación de las mismas sin el debido título administrativo.

“3. Son infracciones graves:

“a) La roturación o plantación no autorizada que se realice en cualquier vía pecuaria. b) La realización de vertidos o el derrame de residuos en el ámbito delimitado de una vía pecuaria. c) La corta o tala no autorizada de los árboles existentes en las vías pecuarias. d) El aprovechamiento no autorizado de los frutos o productos de las vías pecuarias no utilizables por el ganado. e) La realización de obras o instalaciones no autorizadas de naturaleza provisional en las vías pecuarias. f) La obstrucción del ejercicio de las funciones de policía, inspección o vigilancia previstas en la presente ley. g) Haber sido sancionado, por resolución firme, por la comisión de dos faltas leves en un período de seis meses.

“4. Son infracciones leves:

“a) Las acciones u omisiones que causen daño o menoscabo en las vías pecuarias, sin que impidan el tránsito de ganado o demás usos compatibles o complementarios. b) El incumplimiento de las condiciones establecidas en los correspondientes títulos administrativos. c) El incumplimiento total o parcial de las prohibiciones establecidas en la presente ley y la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ellas.”

77. PONCE SOLÉ, Juli. *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*. Marcial Pons, Madrid, 2003, página 191.

uso común especial (que exige, por tanto, autorización demanial) y el artículo 21.4 tipifica como infracción “el incumplimiento total o parcial de las prohibiciones establecidas en la presente ley”. No es, por tanto, una infracción de las normas de circulación de personas y vehículos, sino una infracción de la legislación reguladora del dominio público.

En definitiva, advertir que la falta de autorización para realizar usos especiales en los caminos es una cuestión distinta a la infracción de las normas de circulación vial por los caminos, para lo cual hay ordenanzas, entre las examinadas, que lo diferencian con claridad.⁷⁸ Sin embargo, no es una cuestión pacífica determinar la existencia de una habilitación legal a favor de todos los municipios (debe tenerse en cuenta que existe legisla-

ción autonómica y normas forales de caminos que sí lo prevén expresamente) para regular la circulación por las vías rurales.⁷⁹

Un segundo aspecto que abordan las ordenanzas se refiere a las normas reguladoras de las edificaciones y actividades prohibidas o autorizables, previa la obtención de licencia, en las distintas zonas de protección del camino. La técnica utilizada en las ordenanzas es distinguir entre las actuaciones llevadas a cabo sin licencia, las autorizables o no, y entre estas últimas, distinguir según la gravedad de acto.⁸⁰ En ocasiones se hace referencia a la legislación urbanística, dado que puede tratarse de actos que precisan de licencia urbanística, lo que permite aplicar el régimen de infracciones y sanciones tipificadas en esta legislación.⁸¹

78. La ordenanza de Tricio (La Rioja) establece en su artículo 13 que no podrán circular por los caminos rurales de titularidad municipal, sin previa autorización, los vehículos cuyo peso máximo sea superior a 10.000 kilogramos. A su vez tipifica como infracción leve (artículo 15), de manera diferenciada: circular por los caminos rurales de titularidad municipal con vehículos cuyo peso máximo sea superior al señalado en el artículo 13 de esta ordenanza sin la preceptiva autorización municipal y circular por los caminos con cualquier clase de vehículo de motor a una velocidad superior a los treinta kilómetros por hora.

79. Ponce Solé, en su análisis de los títulos competenciales que amparan la actuación municipal en materia de caminos, afirma: “En cuanto a la competencia sobre tráfico de personas y vehículos la LBRL circumscribe la competencia municipal a las ‘vías urbanas’. De conformidad con el artículo 7 del Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real decreto legislativo 339/1990, de 3 de marzo, las competencias municipales de tráfico extienden –dentro naturalmente del término municipal– sólo a determinadas partes de su territorio: las vías urbanas y el casco urbano, exceptuando las travesías [...]. Es posible, entendemos nosotros, sin embargo, efectuar una interpretación amplia del artículo 7, derivada de su conexión sistemática con artículo 2 del mismo texto legal y el artículo 1 del reglamento que desarrolla, que incluiría dentro de las competencias municipales en materia de tráfico también la circulación por los caminos públicos situados fuera de núcleos de población y de suelos clasificados como urbanos. A favor de esa interpretación puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de julio de 1999 (Aranzadi 3723). Esta sentencia conoció de la prohibición establecida por un ayuntamiento catalán para la circulación de vehículos pesados a partir de un cierto tonelaje hacia y por una pista forestal. La parte recurrente, que tenía una cantera situada en el trazado de la pista forestal, alegó, entre otros motivos, la falta de competencia del ayuntamiento para adoptar tal decisión. El Tribunal rechazó la incompetencia municipal sobre la base, precisamente, del juego de los artículos 25.2.b) de la LBRL y el artículo 7 del Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, sin cuestionarse en ningún momento si la pista forestal no encajaba del concepto de vía urbana aludido en estas normas” (páginas 85 y 86).

Esta reflexión debe conectarse con sus observaciones, respecto a la legislación sectorial que puede amparar la tipificación de infracciones, establecida en ordenanzas municipales:

“[...] otro ejemplo sectorial con relación a la tipificación de infracciones y sanciones vinculadas a los caminos públicos lo encontramos con relación al tráfico que puede existir por estas vías. Desde este punto de vista, el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, contempla la tipificación de una serie de conductas (artículo 65) con relación a la regulación establecida por la propia norma (por ejemplo, prohibición de causar daños a las vías, artículo 9; de arrojar objetos las mismas, artículo 10; límites de velocidad, artículo 19; respeto a la integridad física de las señales existentes, artículo 58). Es posible entender que esta tipificación abarca aquellas conductas realizadas en relación con la circulación de vehículos motorizados por caminos públicos, y, por tanto, cuando se trate de caminos de titularidad municipal corresponderá al alcalde la imposición de las pertinentes sanciones (artículo 68)” (páginas 193 y 194).

PONCE SOLÉ, Juli. *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

80. Sirvan de ejemplo:

a) La ordenanza de Don Fadrique, que en su artículo 9 establece como infracción la conducta de realizar obras o actividades sin licencia o incumplir las condiciones de la licencia para clasificar la conducta como leve, grave o muy grave según sea legalizable o no y según la gravedad de los daños que se causen en el camino o el riesgo que se genere para los usuarios del camino.

Así, clasifica como infracciones leves:

–Realizar obras, instalaciones o actuaciones, sometidas a autorización administrativa según esta ordenanza, sin haberla obtenido previamente, cuando puedan ser objeto de legalización posterior.

–Incumplir alguna de las prescripciones impuestas en las autorizaciones oportunas cuando el incumplimiento fuera legalizable.

Como infracciones graves:

–Realizar cualquier tipo de obras, instalaciones o actuaciones en la zona de dominio público, servidumbres o protección, cuando no puedan ser objeto de autorización.

–Incumplir alguna de las prescripciones impuestas en las autorizaciones otorgadas cuando el acto no pueda ser objeto de legalización posterior.

–Realizar en la explotación o la zona de dominio público, sin autorización o sin atenerse a las condiciones de la misma, cualquier tipo de cruce o aéreo o subterráneo.

Como infracciones muy graves:

–Realizar cualquier tipo de obras, instalaciones o actuaciones en la zona de dominio público, servidumbre o protección, cuando no puedan ser objeto de legalización posterior y origine riesgo grave para la circulación.

–Incumplir alguna de las prescripciones impuestas en las autorizaciones otorgadas cuando el acto no pueda ser objeto de legalización posterior y origine riesgo grave para la circulación.

b) El artículo 15 de la ordenanza de Tricio establece como infracción:

–Realizar obras, instalaciones o actuaciones no permitidas entre la arista exterior de la cuneta o terraplén y la línea de cerramiento o edificación llevadas a cabo sin la autorización municipal, o incumplir alguna de las prescripciones impuestas en la autorización otorgada.

–Realizar cruces aéreos o subterráneos, obras, instalaciones o actuaciones sobre los caminos sin la correspondiente autorización municipal o sin atenerse a las condiciones de la autorización otorgada.

c) La ordenanza del Ayuntamiento de Omellons (Lleida) considera infracción: –Realizar obras, instalaciones o actuaciones no permitidas en la zona de dominio público, realizarlas sin licencia o no cumplir las condiciones establecidas en la licencia.

81. Las ordenanzas de Cabezaesada (artículo 20), Borox (artículo 24) y Lillo (artículo 22) establecen: “Cualquier infracción a lo establecido en esta ordenanza dará lugar a la intervención municipal. En caso de autorización otorgada y que se ejercite sin ajustarse a las condiciones de su otorgamiento la misma quedará inmediatamente sin efecto. En el caso de obra o instalación no amparada por autorización y que suponga un uso privativo, obstaculización o usurpación de un camino público el ayuntamiento procederá de inmediato a restaurar el camino en su condición original, pasándose a cargo del infractor el coste de la ejecución. Todo ello sin perjuicio del expediente

Otro gran ámbito de la tipificación realizada se refiere a conductas y hechos que conlleven deterioro o perjuicios en el camino o impidan el uso común general.⁸² Este ámbito es en el que la falta de cobertura legal en la legislación sectorial se resolverá a partir de la aprobación y entrada en vigor de la ley de medidas de modernización del gobierno local.

7.2. Las cuestiones que plantea la tipificación realizada por las ordenanzas: la cobertura legal mediante la legislación sectorial, la STC 132/2001 y el proyecto de ley de medidas de modernización del gobierno local

El punto de partida para abordar la potestad sancionadora de los municipios es la doctrina establecida en la

sancionador que se incoe". La ordenanza de Lillo a este texto intercala que: "En el caso de obra descrita en el artículo 8 ejecutada sin licencias, el procedimiento será el establecido en la legislación urbanística." El artículo 8 en cuestión establece: "Está sometido también a licencia previa el vallado de fincas lindando con caminos de dominio público municipal. La finalidad de la misma es la verificación por el ayuntamiento del respeto de las características del camino y alineación del vallado, con respecto al eje del camino, respetando su anchura, con arreglo a lo establecido en las normas subsidiarias de planeamiento municipal. Estas últimas licencias quedan sometidas al Régimen General de Licencias de Obras, reguladas por la legislación urbanística, así como constituyen el hecho imponible del impuesto municipal sobre obras y construcciones. Las distancias mínimas de edificación y vallado, respecto al eje del camino, serán las definidas en las normas de planeamiento."

El artículo 18 de la ordenanza de Omellons (Lleida) establece como infracción cualquier vulneración de las prescripciones contenidas en la legislación urbanística estatal, autonómica o local que sea de aplicación a los caminos (en cuanto suelo no urbanizable), sujeta a sanción de conformidad con lo que determina la citada legislación y el reglamento de disciplina urbanística y de acuerdo con la tipificación que las citadas disposiciones legales y reglamentarias establecen.

El artículo 20 de esta ordenanza establece que las infracciones urbanísticas se clasifican en graves y leves en la forma que se determina en la legislación urbanística vigente en Cataluña y en las disposiciones reglamentarias que sean de aplicación.

82. Sirvan de ejemplo:

a) La ordenanza de Don Fadrique (Toledo), que en su artículo 9 establece: Como infracciones leves:

—Arrojar, abandonar, verter, colocar o mantener dentro de la zona de dominio público objetos o materiales de cualquier naturaleza, siempre que no supongan riesgo para los usuarios de los caminos.

Como infracciones graves:

—Deteriorar o modificar las características o situación de cualquier elemento de la vía pública directamente relacionado con la ordenación, orientación o seguridad de la circulación, cuando con ello no impida que sigan prestando su función.

—Deteriorar, alterar, modificar o destruir cualquier otra instalación o elemento funcional de los caminos.

—Colocar, verter o abandonar objetos o materiales de cualquier naturaleza que afecten a la plataforma de los caminos.

Como infracciones muy graves:

—Sustraer, deteriorar, destruir o modificar las características o situación de cualquier elemento de los caminos, que esté directamente relacionado con la ordenación, orientación y seguridad de la circulación, impidiendo que sigan prestando su función.

—Destruir, deteriorar, alterar o modificar cualquier obra o instalación de los caminos o de los elementos funcionales de los mismos cuando las actuaciones afecten a la calzada o a los arceles.

—Establecer en la zona de protección de instalaciones de cualquier naturaleza o realizar actividades que creen peligrosidad, insalubridad o incomodidad para los usuarios de los caminos.

b) La ordenanza de Tricio (La Rioja) desarrolla un completo catálogo de infracciones y sanciones. En el artículo 15 tipifica como infracciones graves:

STC 132/2001, que en realidad es el punto de llegada de una larga polémica doctrinal y jurisprudencial.⁸³ Esta sentencia establece:

"[...] la mera atribución por ley de competencias a los municipios —conforme a la exigencia del artículo 25.2 de la LBRL— no contiene en sí la autorización para que cada municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por ordenanza municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza hasta el punto de no ser exigible una definición de cada tipo

—Dañar o deteriorar el camino circulando con peso que exceda de los límites autorizados o por arrastre de aperos o maquinaria.

—Destruir, deteriorar o alterar o modificar cualquier obra o instalación del camino o de los elementos estructurales del mismo.

—Sustraer, deteriorar o destruir cualquier elemento funcional del camino o modificar intencionadamente sus características o situación.

—Colocar, verter, arrojar o abandonar objetos o materiales de cualquier naturaleza en las cunetas, terraplenes o terrenos ocupados por los soportes de la estructura o que afecten a la plataforma del camino.

—Desviar aguas de su curso natural y conducir las al camino.

—La instalación de obstáculos o la realización de cualquier tipo de acto que impida el normal tránsito por el camino.

—Cualquier acción u omisión que cause daño o menoscabo al camino o sus instalaciones impidiendo su uso, así como la ocupación del mismo sin el debido título administrativo.

Como infracciones leves:

—Usar los caminos de forma inapropiada y no responsable contribuyendo a su rápido deterioro.

—Circular por los caminos rurales de titularidad municipal con vehículos cuyo peso máximo sea superior al señalado en el artículo 13 de esta ordenanza sin la preceptiva autorización municipal.

—Verter agua en los caminos por una inadecuada labor de riego o por cualquier otra circunstancia.

—Las acciones u omisiones que causen daños o menoscabo en los caminos sin que impidan el tránsito por los mismos.

c) La ordenanza del Ayuntamiento de Omellons (Lleida) tipifica, entre otras, como infracciones:

—Extraer, deteriorar, alterar o modificar cualquier elemento del camino directamente relacionado con la ordenación, orientación y seguridad de la circulación, tales como señales, mojones, muros de contención, etcétera.

—Destruir, deteriorar, alterar, modificar, intencionadamente o por negligencia, de forma directa o indirecta, cualquier obra o instalación del camino o de sus elementos funcionales.

—Dañar el camino circulando con una carga que exceda de los límites autorizados.

—Permitir, de forma intencionada o por negligencia, que el agua de riego (si es el caso) o el agua de lluvia discurra por el camino, así como desembocar desagües y drenajes.

—El vertido purines u otros materiales contaminantes o peligrosos.

—Labrar los caminos o provocar desperfectos con herramientas o maquinaria.

—Destruir, modificar, deteriorar o alterar los caminos y la zona de policía, con obras, replantaciones e instalaciones.

—Acumular materiales, residuos, leña, etc., en los caminos.

—Usar el camino de forma continuada para realizar maniobras con el tractor en las tareas agrícolas y pasar con máquinas, las ruedas de las cuales no sean neumáticas y deterioren el firme del camino.

83. Polémica que puede consultarse en las obras que examinan la potestad reglamentaria local en general (PAREJO ALFONSO, Luciano, *La potestad normativa local*. Marcial Pons, Madrid, 1998, o BLASCO DÍAZ, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001) o en trabajos secto-

de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador.

“Del artículo 25.1 de la CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de ordenanza municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del artículo 25.1 de la CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.”

La doctrina del Tribunal Constitucional obliga a justificar, en los términos que establece, la cobertura legal en la legislación sectorial. Entre ésta destaca la que hemos examinado en los primeros apartados de este comentario, la de carreteras y los caminos y la urbanística, que se completa con la legislación forestal, estatal y autonómica, la legislación autonómica reguladora del acceso motorizado al medio natural y la de circulación de vehículos por carretera y seguridad vial.⁸⁴

Muchos de estos esfuerzos ya no serán necesarios cuando se apruebe el proyecto de ley de medidas de modernización del gobierno local presentado por el Gobierno.⁸⁵ La exposición de motivos señala que viene a colmar una laguna y, nosotros añadimos, a cerrar mu-

chas páginas doctrinales y de resoluciones judiciales sobre el tema (y por supuesto a entreabrir otras). Dice así la exposición de motivos: “La ley introduce dos nuevos títulos en la LRBRL, referentes, respectivamente, al régimen de organización de los municipios de gran población y a la tipificación de las infracciones y sanciones en determinadas materias. [...] el nuevo título XI de la LRBRL viene a tratar otro aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. En efecto, *no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial*, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, *conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio*. Esta regulación se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.”

La imperiosidad de la regulación, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, nos permite abordar el comentario con la confianza de que el texto hoy en tramitación adquirirá el rango y la fuerza de ley, lo cual resolverá muchas de las cuestiones que nos plantean las ordenanzas examinadas.

La nueva regulación⁸⁶ reconocerá de manera expresa la potestad de los entes locales para tipificar infraccio-

riales (TRYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “Protección del medio ambiente. Sanciones administrativas y competencial locales” en la obra coordinada por ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Madrid, 1996).

84. Ponce Solé hace un importante esfuerzo argumental en este sentido. PONCE SOLÉ, Juli. *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*, Marcial Pons, Madrid, 2003, páginas 190 a 197.

85. Utilizaremos como texto el publicado, como informe de la ponencia, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII legislatura, Serie A: proyectos de ley, 29 de septiembre de 2003, núm. 157-11.

86. La nueva regulación, en el informe de la ponencia del Congreso, es como sigue:

“Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias.

Artículo 138 (antiguo artículo 137). Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias.

Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones conte-

nidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.

Artículo 139 (antiguo artículo 138). Clasificación de las infracciones.

1. Las infracciones a las ordenanzas locales a que se refiere el artículo anterior se clasificarán en muy graves, graves y leves.

Serán muy graves las infracciones que supongan:

a) Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad o el ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.

b) El impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

c) El impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público.

d) Los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público.

e) El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

f) Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cual-

nes y sanciones, en defecto de normativa sectorial específica, para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos. En concreto, a los efectos de la defensa de los caminos, permite tipificar infracciones en relación a las siguientes conductas:

–Los actos de deterioro (grave y relevante, para las muy graves) de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público.

–El impedimento (la grave y relevante, para las muy graves) o obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público.

–El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

–Los actos de deterioro (grave y relevante, para las muy graves) de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

En todas aquellas conductas que no se pueda justificar la cobertura en la legislación sectorial (especialmen-

te la urbanística y la de carreteras y caminos), los términos del proyecto de ley de medidas de modernización permiten tipificar las conductas que se establecen como infracción en las ordenanzas examinadas, que recordemos afectan a cuatro grandes aspectos: actuaciones sin autorización demanial, edificaciones o actividades realizadas en las zonas de protección sin licencia, deterioro de caminos y vulneración de las normas de circulación.

8. Las servidumbres de uso público: un ejemplo de su utilidad, la ordenanza de Mondragón

8.1. El contenido de la ordenanza

La ordenanza de Mondragón establece un régimen de ayudas para la pavimentación de caminos⁸⁷ y una doble modalidad de ejecución, en las que los costes y responsabilidades del ayuntamiento y de los solicitantes de la ayuda y usuarios del camino son distintas.⁸⁸ Cuando la obra ha finalizado, es objeto de recepción por el ayuntamiento, y los usuarios están obligados a afectar el

quiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

2. Las demás infracciones se clasificarán en graves y leves, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) La intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o actividades.

b) La intensidad de la perturbación causada a la salubridad u ornato públicos.

c) La intensidad de la perturbación ocasionada en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos.

d) La intensidad de la perturbación ocasionada en el normal funcionamiento de un servicio público.

e) La intensidad de los daños ocasionados a los equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público.

Artículo 140 (antiguo artículo 139). Límites de las sanciones económicas.

Salvo previsión legal distinta, las multas por infracción de ordenanzas locales deberán respetar las siguientes cuantías:

–Infracciones muy graves: hasta 3.000 euros.

–Infracciones graves: hasta 1.500 euros.

–Infracciones leves: hasta 750 euros.

Modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.”

1. El artículo 127.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, queda redactado de la siguiente manera:

“La potestad sancionadora de las administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.”

2. El artículo 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, queda redactado de la siguiente manera:

“Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.”

87. Transcribimos los artículos 4 y 6.

“Artículo 4. La ejecución de los proyectos de pavimentación y saneamiento al amparo del presente plan de ayudas, se promoverá a solicitud del usuario/s del camino y previa aceptación por el/los mismo/s de las condiciones establecidas por la ordenanza.

“Artículo 6. Previo a la solicitud de las correspondientes ofertas para la adjudicación del pavimentado del camino el/los usuario/s del camino deberán mostrar su conformidad con la ejecución del mismo, conformidad con la que se dará comienzo al proceso de ofertas y adjudicación. Se solicitarán por parte del ayuntamiento, al menos, tres ofertas. El/los usuarios podrá indicar las empresas a las que haya de pedirse la propuesta, o incluso presentar propuestas alternativas. Con anterioridad a la adjudicación de la obra a la oferta más ventajosa, deberá firmarse el contrato entre ayuntamiento y usuario/s. El contrato contendrá como mínimo, las cláusulas establecidas en los anexos I o II, según la modalidad de ejecución.”

88. Artículo 9. Las modalidades de ejecución de los caminos objeto de la presente ordenanza serán tres:

a) Modalidad por Auzolan, entendiéndose por tal aquella en la que la puesta en obra del hormigón así como las labores complementarias que conlleve –encofrado, desencofrado y limpieza de maderas, vertido, extendido y vibrado– será realizada por los usuarios del camino. Estas labores serán supervisadas por un encargado de obra que aportará la contrata, y que asimismo será el encargado de recoger los vales de hormigón y de hacer el pedido de material de cantera.

Por otro lado, en esta modalidad de ejecución, la parte del proyecto correspondiente a movimiento de tierras, saneamiento, así como la consolidación del firme, será ejecutada por una empresa contratada al efecto por el ayuntamiento y abonada por los usuarios y el ayuntamiento según porcentajes que a continuación se establecen:

	Ayuntamiento	Usuarios
Movimientos de tierras y escolleras	100%	0%
Consolidación del firme	100%	0%
Saneamiento	80%	20%

Las labores de apertura de caja y de cuneta así como el hormigonado correspondiente serán ejecutados o no por la modalidad de Auzolan de acuerdo a la decisión que adopte en cada caso el ayuntamiento atendiendo a las circunstancias que concurran en el mismo.

b) Modalidad por contrata en pavimentado de hormigón, entendiéndose como tal aquella en que todas las obras se ejecuten por medio de una empresa especializada contratada al efecto.

Los costes de los trabajos serán satisfechos del siguiente modo:

–El 20% del coste de la obra íntegra de pavimentado y saneamiento correrá a cargo de el/los usuario/s del camino, exceptuando de dicha cantidad únicamente la correspondiente a las escolleras necesarias para la obtención de la adecuada sección del camino, obra ésta que será asumida en su integridad por el ayuntamiento.

camino a una servidumbre continua de paso público por tiempo indefinido, en lo que a terrenos de su propiedad respecta, y los caminos se incluyen en el de caminos de la “Red de Caminos Rurales del Municipio” (artículo 7). La singularidad de la ordenanza es precisamente la constitución de esta servidumbre como contrapartida de la pavimentación de caminos de titularidad privada y establecer el mantenimiento del camino como responsabilidad compartida, entre el propietario y los usuarios del terreno en el que se emplaza el camino, y el municipio, titular del derecho real demanial de servidumbre de paso pública.⁸⁹

Esta regulación nos invita a hacer unas breves reflexiones sobre las servidumbres públicas de paso o tránsito.

8.2. Las servidumbres públicas de paso o de tránsito en el ordenamiento vigente

Existen estudios doctrinales relevantes⁹⁰ y un cuerpo normativo que permite estudiar con cierta seguridad las servidumbres administrativas en general y, en particular, las servidumbres administrativas de paso (terminología utilizada por la Ley gallega 3/1996, de 10 de mayo, de protección de los Caminos de Santiago) o de tránsito (terminología utilizada por la Ley balear 13/2000, de 21 de diciembre, del Camí de Cavalls de Menorca). En el caso de la ordenanza de Mondragón, que nos sirve de acicate para aproximarnos a la cuestión, se configura como una servidumbre “continua de paso público por

tiempo indefinido”, constituida voluntariamente, lo que conlleva que deba celebrarse un contrato administrativo especial⁹¹ [artículo 5.2.b), 7 y 8 de la LCCAA]. En el pliego de condiciones del contrato se delimitarán las obligaciones de las partes, de manera especial las de mantenimiento del camino pavimentado. La eficiencia de la solución adoptada por la ordenanza de Mondragón se centra, a nuestro parecer, en hacer recaer una parte sustancial del mantenimiento en el que sigue siendo propietario del terreno y principal usuario del camino sobre el que se constituye la servidumbre administrativa (pública) de paso. De haberse expropiado el derecho de propiedad sobre el terreno e integrado el bien en el dominio público (no el derecho real de servidumbre de paso), la repercusión del mantenimiento del camino sobre el usuario o usuarios hubiera exigido instrumentar figuras fiscales o la exigencia de prestaciones personales forzosas.

Esta reflexión viene corroborada por las de carácter general que realiza Carrillo Donaire: “[...] si se admite que las servidumbres administrativas (y otros derechos limitados como el de superficie u otras formas de dominio dividido) forman parte del dominio público cabría deducir que no siempre es necesario expropiar todo el dominio para conseguir la afectación de un bien a un uso público (con las importantes consecuencias económicas que eso conlleva) sin perder, además, las ventajas de la tutela demanial para proteger dicho uso”;⁹² y Ponce Solé, cuando afirma: “[...] es perfectamente posible, y

—El 80% restante será financiado por el ayuntamiento.

c) Modalidad por contrata en pavimentado de aglomerado, entendiendo como tal aquella en que todas las obras se ejecuten por medio de una empresa especializada contratada al efecto.

Los costes de los trabajos serán satisfechos del siguiente modo:

—El 10% del coste de la obra íntegra de pavimentado y saneamiento correrá a cargo de el/los usuario/s del camino, exceptuando de dicha cantidad únicamente la correspondiente a las escolleras necesarias para la obtención de la adecuada sección del camino, obra ésta que será asumida en su integridad por el ayuntamiento.

—El 90% restante será financiado por el ayuntamiento.

Artículo 10.

La ejecución del camino mediante la modalidad de Auzolan se llevará a cabo previa solicitud de la Alcaldía de Barrio correspondiente, y bajo su compromiso. El número de participantes y grupos de trabajo serán determinados y organizados por ésta, aunque deberá haber gente suficiente para que el tiempo de puesta en obra de cada 100 metros lineales de hormigón sea comprendido entre 15 y 20 horas.

89. Artículo 13.

El mantenimiento preventivo, entendiendo por tal la retirada de materiales que caigan al vial, limpieza de caños y cunetas, vigilancia del buen uso del camino y puesta en conocimiento de quien corresponda de la existencia de pequeños baches y del uso del camino por quien precise de autorización expresa, corresponderá a el/los usuario/s del camino.

Artículo 14.

Los usuarios del camino deberán poner en conocimiento del ayuntamiento cualquier deterioro accidental que sufra el mismo, con objeto de proceder por parte de éste a su reparación lo más pronto posible en evitación de mayores perjuicios. Este extremo se recogerá en el contrato de recepción.

Artículo 15.

Cuando la capa de rodadura se haya deteriorado por efecto del uso, de accidentes atmosféricos y otras causas no atribuibles a la falta de conser-

vación, la reparación podrá ser ejecutada tanto mediante la modalidad por Auzolan como por contrata, y la misma será financiada de la manera establecida para la ejecución de los proyectos en el artículo 9.

Artículo 16.

Cuando se produzcan deterioros en el camino debido a una mala conservación o a defectos en su mantenimiento conforme a lo contenido en la presente ordenanza, su reparación será responsabilidad de quien hubiere incurrido en tales incumplimientos.

90. En este apartado trabajaremos básicamente con tres trabajos. El primero, Díez-PICAZO JIMÉNEZ, Luis María, “Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: Los *iura in re aliena*”, en REDA, número 35, 1982, páginas 651 y siguientes, y dos obras muy recientes, PONCE SOLÉ, Juli, *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*, Marcial Pons, Madrid, 2003, páginas 66 a 80, y CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, en especial las páginas 188 a 236.

91. Otro ejemplo paradigmático de este tipo de contrato son los contratos de compraventa o permuta que se realizan como alternativa al procedimiento expropiatorio y no en vía de mutuo acuerdo expropiatorio. Existen en la jurisprudencia múltiples ejemplos que acreditan la diferencia entre el convenio expropiatorio y el contrato administrativo especial alternativo al procedimiento expropiatorio. Así, por ejemplo, las STS de 20 de marzo de 1995 (Aranzadi 1995/1978), de 19 de abril de 1994 (Aranzadi 1994/2716), de 15 de noviembre de 1993 (Aranzadi 1993/8503), de 23 de marzo de 1990 (Aranzadi 1990/2678) o de 13 de junio de 1986 (Aranzadi 1986/4276). Puede consultarse SIBINA TOMÀS, Domènec, “Anàlisi de la jurisprudència dictada en relació amb el contracte de permuta de béns i drets patrimonial de les administracions públiques”, en *Quaderns de Dret Local* (primera etapa), número 21, abril-mayo 1999, páginas 118 y siguientes.

92. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, en especial la página 122.

aun puede ser deseable y necesario, que la existencia de un camino público se instrumentó jurídicamente no a través de la titularidad de la propiedad de la franja de terreno por la que discurre, sino mediante la existencia de un derecho real limitado de titularidad pública sobre terrenos de propiedad privada, cuya afectación al uso o servicio público permita la consecución del interés general al servicio objetivo del cual está el demanio (artículo 103 de la CE).⁹³

Estas consideraciones las enmarcaremos en la definición de Carrillo Donaire de servidumbre administrativa, que pone el acento, una vez incorporada la definición civil, en el carácter demanial de la servidumbre administrativa. Dice así: “[...] gravámenes reales tendencialmente perpetuos que recaen sobre un fondo privado por una causa de utilidad pública o interés social legalmente tipificada, ya sea en beneficio y protección de un bien de dominio público o ya para la satisfacción de la necesidad colectiva, que se caracterizan porque el régimen de protección de la concreta y limitada utilidad en que consiste el gravamen se rige por los principios y procedimiento administrativo y, más concretamente, de la policía demanial.”⁹⁴

De esta definición, los aspectos civiles proyectados sobre las servidumbres administrativas que deben destacarse son:

–Las servidumbres han de recaer necesariamente sobre inmuebles (artículos 500 y 531 del Código civil, que ciñen el objeto del gravamen a dicha clase de bienes), por lo que puede afirmarse que la existencia de un predio o fondo sirviente (no así de una dominante), es requisito esencial de las servidumbres.

–La servidumbre administrativa supone la imposición de un derecho real que grava un fondo sirviente mermando la facultad de uso exclusivo de su titular, en aten-

ción a una causa de utilidad pública definida por la ley.

–Las servidumbres administrativas son siempre una mutilación del contenido esencial del derecho y, en este sentido, representan una expropiación parcial –nunca plena– del *ius utendi* del propietario o una adquisición de éste mediante un contrato administrativo especial. La detracción de una facultad parcial de uso es un rasgo caracterizador de las servidumbres, que permite diferenciarlas de las delimitaciones de la propiedad.

–El derecho de servidumbre puede considerarse, como ha subrayado la doctrina y la jurisprudencia civil, como un derecho “subjektivamente real”, en el sentido de que la servidumbre reclama siempre la titularidad subjetiva del derecho desde el punto de vista de su ejercicio, con lo que quiere expresarse que la utilidad del predio gravado determina los límites del ejercicio del derecho de servidumbre.

–El carácter “subjektivamente real” del derecho se hace patente de modo especial en las servidumbres administrativas, pues en éstas la utilidad sustraída al predio sirviente conlleva siempre un uso público del mismo, incluso en el caso que se trate de servidumbres establecidas en beneficio de un bien de dominio público. Junto a ello, la nota de la utilidad también determina, la necesidad de concretar el alcance de ese uso público y las obligaciones que soporta el predio sirviente en un título jurídico específico.

En la definición de servidumbre del indicado autor, el segundo aspecto y el más relevante y central es la posibilidad (queremos recordar que pueden existir servidumbres de titularidad pública patrimoniales, del mismo modo que caminos patrimoniales) que las servidumbres administrativas tengan carácter demanial. Esta afirmación tiene su origen en la argumentación realizada en su día por Díez-Picazo Giménez,⁹⁵ que todo y no

93. PONCE SOLÉ, Juli. *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*, Marcial Pons, Madrid, 2003, página 73. Este autor, para reafirmar la utilidad de esta alternativa, se refiere, entre otros supuestos, al Informe al Parlamento de 1990 del Síndic de Greuges catalán, en el que relata un conflicto entre un municipio y el propietario de un camino que, con la mediación del Síndic de Greuges, se solventa mediante un convenio de constitución de un derecho real de servidumbre de paso voluntaria y gratuita en favor del municipio y de los vecinos a perpetuidad. En el convenio el alcalde manifiesta que el interés público del municipio queda planamente salvaguardado con la constitución de la servidumbre (página 80, nota 44).

94. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*. Lex Nova, Valladolid, 2003, en especial la página 114.

95. La configuración de las servidumbres administrativas como derechos reales de naturaleza demanial han topado con la oposición de determinados administrativistas, que entienden que el objeto del dominio público sólo puede ser el derecho de propiedad, afirmación que se fundamenta en la interpretación de la Ley de patrimonio del Estado. En concreto, los artículos 1, 2, 6 y 113 y siguientes de la Ley de patrimonio del Estado, de los que parece inferirse que mientras que los bienes patrimoniales del Estado están formados por todo tipo de bienes y derechos de contenido económico (incluyendo los reales, los de arrendamiento y las propiedades incorpóreas), el objeto del dominio público sólo pueden ser los bienes, entendiendo por tales el derecho, de propiedad pleno, pero no otros derechos reales o patrimonia-

les distintos al dominio. La misma consecuencia se deduce del artículo 79 de la LBRL y de los artículos 2 y siguientes y concordantes del RBEL.

Estos argumentos son rebatidos por Díez-Picazo Giménez, que parte de la regulación del Código civil, que utiliza los términos propiedad y dominio, no siempre o no solamente, para referirse a la propiedad, sino que muchas veces los emplea en un sentido amplio como sinónimo de titularidad, pudiéndose hablar de propiedad de derechos (como sucede por ejemplo, en los artículos 1445 y 609 del Código civil, que contemplan la transmisión de la “propiedad” de ciertos “derechos”; o en las “propiedades especiales”, derechos de uso exclusivo de bienes inmateriales). Respecto de los términos de bienes y cosas, el único criterio para definirlos jurídicamente es el de la apropiabilidad (artículo 333 del Código civil), de modo que al hablar de cosas o bienes el Código civil se refiere a los derechos que pueden recaer sobre ellos, ya sean la propiedad u otro derecho real. Díez-Picazo Giménez concluirá que desde la perspectiva del Código civil (que define y regula el dominio público en los artículos 338 y siguientes) no puede afirmarse que el único objeto posible del dominio público sea la propiedad, pues ésta es empleada a menudo como sinónimo de titularidad y porque dentro de los bienes están, sin duda, comprendidos los derechos.

El segundo argumento de Díez-Picazo Giménez es el análisis sistemático de la legislación administrativa que pone de manifiesto una conclusión análoga. En los preceptos de la Ley de patrimonio del Estado, no encuentra una explicación convincente que permita sostener la afirmación según la cual el patrimonio privado del Estado está formado por todo tipo de derechos patri-

haber sido aceptada de manera generalizada y pacífica por la doctrina administrativista,⁹⁶ hoy está refrendada por la legislación.⁹⁷

La consideración de las servidumbres administrativas como derecho real de dominio público altera la trascendencia de las clasificaciones civiles, que establecen un cuadro sistemático para aplicar el restrictivo régimen de prescripción de las servidumbres (artículos 537 y 539 del Código civil) y con el objeto de fijar ciertos presupuestos para su constitución. De las clasificaciones de servidumbres que contiene el Código civil (positivas y negativas; contiguas y discontinuas; aparentes y no aparentes; legales y voluntarias, y personales y prediales) interesa a las servidumbres administrativas en general y a las de paso o tránsito por los caminos en particular, la distinción entre personales y prediales y, en su caso, legales y voluntarias.

Las administraciones públicas pueden constituir servidumbres voluntarias de acuerdo con el artículo 531 del Código civil (que prevé la posibilidad para todas las personas, públicas o privadas), con la legislación de contratos públicos (que permite celebrar contratos administrativos especiales si el derecho real de servidumbre se afecta al dominio público, es decir, a satisfacer una finalidad, de uso o servicio, pública) y con la legislación demanial y patrimonial.

moniales, mientras que en el dominio público sólo puede haber derechos de propiedad. Es relevante el argumento, en la ley, que la defensa del patrimonio del Estado está fundamentada en prerrogativas típicas del dominio público, privilegios aplicables a todos los bienes y derechos que integran dicho patrimonio. El legislador pone de manifiesto que el régimen privilegiado o exorbitante propio del dominio público no crea problemas para ser aplicado a derechos patrimoniales distintos de la propiedad. Díez-Picazo Giménez es consciente, sin embargo, que ampararse en el espíritu de la Ley de patrimonio del Estado, para sostener que caben derechos patrimoniales distintos de la propiedad en el demanio público, es algo que contradice el tenor literal del artículo 1 de la propia ley, que expresamente excluye del patrimonio del Estado a los bienes demaniales. No obstante, este argumento literal puede superarse mediante una interpretación sistemática de la Ley de patrimonio del Estado. Para ello, Díez-Picazo Giménez trae a colación lo dispuesto: a) en el artículo 20, según el cual “los bienes y derechos atribuidos al Estado por las leyes tendrán el carácter de patrimoniales, a menos que la ley de atribución dispusiera otra cosa, y mientras no sean afectados al uso general o a los servicios públicos”, donde se admite explícitamente el posible carácter demanial, no sólo de los bienes, sino de los derechos, y b) en el artículo 119, que establece que “cuando con arreglo a lo dispuesto en la presente ley, las adquisiciones de bienes se realicen en virtud de expropiación forzosa, la afectación se entenderá implícita en la misma”. Este precepto, referido a la llamada “afectación tácita”, parece limitar sus efectos a los bienes; pero no es eso lo que se desprende de su mecanismo de aplicación, pues éste puede comprometer a otros derechos patrimoniales, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de expropiación forzosa. La consecuencia que de todo ello extrae Díez-Picazo Giménez es que nuestro ordenamiento no excluye que derechos patrimoniales distintos al de propiedad puedan tener naturaleza demanial, lo cual es especialmente evidente en el caso de los *iura in re aliena*, (con mayor motivo cuando recaen sobre bienes inmuebles). Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. “Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: Los *iura in re aliena*”, en REDA, número 35, 1982, páginas 651 y siguientes.

96. Carrillo Donaire establece: “[...] pese a la fuerza de convicción que a nuestro juicio encierra la brillante construcción de teórica de Díez-Picazo, no

En cuanto a las categorías de servidumbre personales y prediales, la clasificación a la postre más significativa para el tema que nos ocupa, debe recordarse que, como acepta la mayoría de la doctrina, nuestro Código civil no exige que la servidumbre se constituya necesariamente con un predio dominante. En palabras de Carrillo Donaire: “[...] la idea de predio dominante no es esencial en las servidumbres, ni en las públicas ni en las civiles, pero especialmente en las primeras donde dicha idea se diluye hasta el punto de poder desaparecer y llevarnos a admitir, en consecuencia, la posibilidad de que se constituyan servidumbres en favor de un beneficiario, de un conjunto de personas o de la comunidad.” A esta reflexión añade la siguiente clasificación de servidumbres públicas:

a) Las servidumbres constituidas en beneficio o provecho de un bien de dominio público, que tiene el carácter de predial (interpredial) o *intuitu rei*, artículo 530 del Código civil.

b) Las servidumbres destinadas a permitir el establecimiento de redes, canalizaciones a abastecimientos colectivos de servicios, que se reconocen a favor de un beneficiario *intuitu servicii*, que tiene el carácter de personal, artículo 531 del Código civil.

c) Finalmente, las servidumbres constituidas *intuitu personae* en favor de un conjunto de usuarios determinados o la comunidad en su conjunto, que también tiene el carácter de personales.

puede decirse que haya tenido un éxito rutilante entre la doctrina administrativista española, aunque su influencia no sea desdeñable. Así, Parejo ha destacado el acierto de la teoría de los *iura in re aliena* demaniales para poner de manifiesto las deficiencias que tiene la dogmática clásica del dominio público a la hora de explicar los fenómenos de disociación entre titularidad y afectación. Morell afirma, por su parte, que las servidumbres públicas pueden ser consideradas como instrumentos de la policía demanial. También autores como Parada Vázquez, López Pellicer o más recientemente Herraiz Serrano se han sentido de alguna manera seducidos por las teorías de los *iura in re aliena* demaniales. Por lo que a nosotros respecta, creemos que esta teoría explica cabalmente la naturaleza de las servidumbres administrativas. Es más, referida al concreto derecho real de servidumbre, esta construcción tiene, a la par de un valor ordenador conceptual, otras importantes utilidades adicionales. En primer lugar, y como ya se ha dicho, permite aplicar el régimen de protección de la policía y la tutela demanial a todas las servidumbres administrativas, ya sean prediales o personales, dado que unas y otras serían derechos reales integrados en el dominio público. En segundo lugar, la teoría de los *iura in re aliena* demaniales tiene la innegable utilidad de incardinar en el seno del Derecho público de bienes el tema de las servidumbres administrativas que, en palabras de García de Enterría, ‘se hallan en un lugar sistemático que no es fácil de determinar’.” CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*. Lex Nova, Valladolid, 2003, página 122.

97. Sin perjuicio del análisis de otros preceptos en el texto, merece ser destacado el antiguo artículo 185.5 de la Ley municipal y de régimen local de Catalunya, ahora 201.5, del Texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, “[...] igualmente están sujetos al régimen de dominio público los derechos reales que corresponden a las entidades locales sobre bienes que pertenezcan a otras personas, cuando estos derechos se constituyan para utilidad de alguno de los bienes indicados en los apartados anteriores o para la consecución de fines de interés público, equivalentes a los que sirven los mencionados bienes”.

A nuestra aproximación a las servidumbres de paso y tránsito interesa examinar las servidumbres personales y entre éstas las constituidas en favor de la comunidad en su conjunto. Todo ello sin perjuicio que sea útil volver a recordar la diferencia entre las servidumbres prediales establecidas para proteger el destino del dominio público o para favorecer su acceso y utilización⁹⁸ y las zonas de servidumbre que se establecen en múltiples normas reguladoras de específicos tipos de dominio público y como hemos visto, entre éstas, también en la legislación de carreteras.

Las servidumbres públicas concedidas en favor de la comunidad son una figura de gran raigambre en nuestro derecho histórico y muchas de ellas en la órbita conceptual de las vías y caminos. Al margen de las vías pecuarias, que escapan de nuestro análisis (que fueron definidas como servidumbres legales de paso en el artículo 570 del Código civil, que se refiere a “servidumbres existentes de paso para ganados”), no es difícil encontrar ejemplos contemporáneos, de un lado, del proceso de demanialización de servidumbres de uso público, en el ámbito de las vías y los caminos y, del otro, de la regulación de supuestos específicos de servidumbre de paso o tránsito. A saber:

—El artículo 2 de la Ley gallega 3/1986, de 10 de mayo, de protección de los caminos de Santiago, establece: “1. El Camino de Santiago está constituido por *vías de dominio y uso público*, delimitadas con arreglo a lo establecido en la presente ley. 2. La naturaleza demanial del Camino se extiende a los terrenos que ocupa y a sus elementos funcionales. Con independencia del proceso de delimitación del Camino previsto en esta ley, su anchura vendrá constituida por una franja de al menos tres metros en los casos en que fuese necesaria su recuperación. Cuando el Camino discurra por puentes formará parte del mismo el terreno ocupado por los soportes de la estructura. 3. Adquirirán igualmente naturaleza demanial los tramos que vayan recuperándose del Camino histórico que estén aún en manos privadas. *En tanto no se recuperen se constituye una servidumbre pública para el paso del Camino sobre propiedad privada de una anchura de tres metros.*”

—El artículo 5 del Decreto foral de Navarra 290/1988, de 14 de diciembre, de delimitación definitiva y régimen

de protección del Camino de Santiago, establece que “la delimitación física del Camino de Santiago conlleva, en cuanto a los nuevos tramos a revitalizar la declaración de interés social y la de necesidad de ocupación de los bienes y adquisición de derechos correspondientes, a los fines de expropiación, *de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres*. [...] el acta de pago y la de ocupación *y las actas administrativas de imposición, modificación o extinción forzosa de servidumbres serán título bastante para la inscripción o toma de razón en el Registro de la Propiedad* y en los demás registros públicos, en la forma y con los efectos previstos en la Ley de expropiación forzosa [...] los bienes y *derechos adquiridos* en virtud de expropiación forzosa tendrán la condición de bienes de dominio público, a todos los efectos, y quedarán afectos al uso general.”

—La Ley balear 13/2000, de 21 de diciembre, del Camí de Cavall, establece que el camino está sometido *a la servidumbre pública de tránsito* y, en consecuencia, es libre, público, de acceso y utilización gratuitos.

Los dos primeros supuestos ejemplifican el proceso de demanialización y la utilización de la servidumbre pública de paso como alternativa de la expropiación del derecho de propiedad, el tercer supuesto establece el uso público del camino única y exclusivamente a través de una servidumbre pública.

En lo relativo a los derechos reales sobre cosa ajena, de carácter demanial, es de especial interés, también, el antiguo artículo 185.5 de la Ley municipal y de régimen local de Catalunya, ahora 201.5, del Texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, que establece: “[...] igualmente están sujetos al régimen de dominio público los derechos reales que corresponden a las entidades locales sobre bienes que pertenezcan a otras personas, cuando estos derechos se constituyan para utilidad de alguno de los bienes indicados en los apartados anteriores o para la consecución de fines de interés público, equivalentes a los que sirven los citados bienes.”

El panorama legislativo se completa por la legislación, la urbanística, que, desde 1976, ha previsto la constitución de servidumbres de uso público. La previsión establecida en el artículo 68 de la LS de 1976 se incorporó al artículo 211 de la Ley del suelo de 1992,⁹⁹ los dos prime-

98. Entre las servidumbres públicas prediales es inexcusable referirse a la de acceso público y gratuito al mar (artículo 28 de la Ley 22/1988, de costas), la de paso que garantiza el acceso a la zona de dominio público de los cauces (artículo 48.2 del Texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por el Real decreto legislativo de 20 de julio de 2001) o la de acueducto para canalizar el agua a las poblaciones o evacuar sobrantes o residuales (artículo 19.2 del Reglamento de dominio público hidráulico aprobado por el Real decreto 849/1986).

99. El artículo 211 establecía: “Constitución de servidumbres”

“1. Cuando para la ejecución de un plan no fuere menester la expropiación del dominio y bastare la constitución de alguna servidumbre sobre el mismo, prevista por el Derecho privado o administrativo, podrá imponerse, si no se obtuviere convenio con el propietario, con arreglo al procedimiento de la Ley

de expropiación forzosa, mediante los requisitos que a continuación se expresan:

“a) Autorización de la Comisión Provincial de Urbanismo u órgano autonómico competente.

“b) No exceder la indemnización que procediere abonar de la mitad del importe de la que correspondería satisfacer por la expropiación absoluta.

“2. Cuando hubieren de modificarse o suprimirse servidumbres privadas por estar en contradicción con las disposiciones del plan, podrán expropiarse con arreglo al procedimiento de la citada ley.

“3. Los actos administrativos de constitución, modificación o extinción forzosa de servidumbres serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, en la forma prevista para las actas de expropiación.”

ros apartados del cual se declararon inconstitucionales por la STC 61/1997, por haberse aprobado con el carácter de legislación supletoria. A efectos de derecho vigente, el tercer apartado del artículo 211 de la LS de 1992, es de aplicación directa y los dos primeros apartados del artículo 68 de la LS de 1976, de aplicación supletoria.

Ha sido, por tanto, la legislación urbanística la que ha regulado las servidumbres en este ámbito. El artículo 69 de la LUAr, el 87 de la LRSPast, el 87 de la LOTCan, el 63 de la LUCLeón, el 103 de la LUCat, el 98 de la LOUGal, el 152 de la LSMur y el 58 de la LUCVal establecen casi en términos idénticos que la aprobación de los planes implicará la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes, a los fines de expropiación o imposición de servidumbres.

A su vez los artículos 117 de la LUAr y 132 de la LOTCan establecen que si para la ejecución de un plan no fuere menester la expropiación del dominio y bastare la constitución de alguna servidumbre sobre el mismo, podrá imponerse, si no se obtuviere convenio con el propietario, con arreglo al procedimiento de la legislación de expropiación forzosa, siempre que el justiprecio que procediese abonar no exceda de la mitad del importe correspondiente a la expropiación completa del dominio y que si hubiesen de modificarse o suprimirse servidumbres privadas por estar en contradicción con las disposiciones del plan, podrán expropiarse con arreglo al procedimiento de la citada legislación expropiatoria. El artículo 98 de la LOUGal establece la misma previsión sin establecer el límite cuantitativo de la mitad del importe correspondiente a la expropiación completa del dominio.

La imposición de servidumbres públicas mediante la expropiación parcial del derecho de uso ha dado lugar a nutrida jurisprudencia respecto a los criterios de valoración. Carrillo Donaire afirma que el criterio es la proporcionalidad según la intensidad del gravamen y que el cálculo se realiza siempre a través de un porcentaje respecto del valor por la expropiación total. El análisis de la jurisprudencia que realiza el autor arroja un variado cuadro que comprende valores muy cercanos al valor total del predio sirviente (cuando el contenido de la servidumbre es tan intenso que deja prácticamente vacío el derecho de propiedad, como en el caso que cita de conducciones en red de gasoductos soterrados), junto a supuestos en los que el porcentaje aplicado se aleja de dicho valor (cita jurisprudencia diversa referida a otro tipo de conducciones de servicios, como son las eléctricas), pasando por otros en los que la regla gene-

ral es justipreciar la imposición del gravamen al cincuenta por ciento (cita el caso de las servidumbres urbanísticas).¹⁰⁰

La valoración que merece la posibilidad que nos ofrece el ordenamiento de constituir servidumbres públicas forzosas o voluntarias de paso es altamente positiva: bien para conseguir la eficiencia en la asignación de recursos en vía de fomento (caso de la ordenanza de Mondragón); bien para abaratar para las arcas públicas el mantenimiento de los caminos (que también es el objetivo de la ordenanza de Mondragón); bien para abaratar la adquisición del derecho en vía expropiatoria, al adquirir aquél estrictamente necesario para satisfacer las concretas necesidades de utilidad pública o interés social. Un instrumento más para mejorar los resultados de la ecuación: satisfacción del interés público y coste para la Administración, en definitiva, para los ciudadanos.

Anexo de ordenanzas localizadas

Las páginas electrónicas para consultar los boletines pueden localizarse en www.gobiernolocal.org/enlaces.htm.

Las ordenanzas localizadas, a pesar de las diferencias terminológicas, tienen por objeto, en su gran mayoría, regular aspectos de conservación y policía de los *caminos municipales de uso público* (Biescas, Don Fadrique, Sotorribas, Albesa, La Floresta, Omellons, La Pobla de Cérvoles, Massacolleig, Nou de Gaia, La Carlota, Constantí, Senan, Vilabella, Olaberriá, Tricio y Hormilleja).

Otro ámbito objetivo más concreto es *el control de la circulación de vehículos a motor*, bien por caminos que forman parte de los terrenos de dominio público por su condición de montes públicos (pistas forestales del monte de titularidad de la Parzonera de Entzia, denominado Sierra de Entzia), bien por todos los caminos rurales, sean de titularidad de ayuntamientos o concejos o de la diputación foral (Acebedo), bien por todos los caminos rurales (Aramaio). Una variante de la ordenación del tráfico es la ordenanza para regularlo por los caminos construidos al ejecutar las obras vinculadas a una concentración parcelaria (Sada).

Hay otro grupo de ordenanzas que regulan *aspectos de conservación y policía de los caminos públicos*, no sólo los de titularidad municipal (Borox y Cabezame-

100. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*. Lex Nova, Valladolid, 2003, páginas 221 a 225.

sada, que incluyen en su ámbito de aplicación las vías pecuarias, y Lillo, que incluye todos los caminos públicos).

Hay ordenanzas que *regulan los caminos públicos y privados* (Montgai, que establece una regulación del derecho de uso y edificación de los propietarios colindantes; Fuente del Maestre, que tiene como objeto principal garantizar la anchura y delimitación de los caminos, y las parroquias rurales del cantón de Cuenca, que establece obligaciones de mantenimiento y prohibiciones para los vecinos que limitan con caminos).

Finalmente, *una ordenanza (Mondragón) regula la subvención para las obras de pavimentación y saneamiento de caminos privados*, que una vez ejecutadas las obras subvencionadas conlleva la constitución de una servidumbre continua de paso pública por tiempo indefinido.

101. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Huesca*, número 173, de 29 de julio de 2002. Su objeto es la policía de conservación, de uso y disfrute, de control y sancionadora de los caminos municipales de uso público en suelo urbano y urbanizable [artículos 5 y 1, apartado 3, epígrafe c)]. El artículo 5 establece que los caminos estarán cerrados con vallas y candados y que el tráfico de vehículos a motor es un uso común especial, que precisa de autorización.

102. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, número 160, de 14 de julio de 2001. Su objeto es la planificación, la construcción, la conservación, la financiación, la explotación, el uso y el control de los caminos municipales de uso público. Define los caminos como vías de dominio y uso público, destinados al servicio de las explotaciones o las instalaciones agropecuarias y que estén señalados como tales en los planos vigentes del catastro del término municipal, y los carriles o sendas como aquellos accesos a parcelas que son de propiedad privada y uso privado mancomunado.

103. Publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Cuenca*, número 6, de 16 de enero de 2002. Su objeto es la regulación de las potestades de policía respecto de los caminos de titularidad municipal, que son los que están definidos por los planos de la concentración parcelaria en cada núcleo.

104. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 61, de 21 de mayo de 2002. Su objeto es regular el ejercicio de la policía sobre los caminos municipales de uso público ("regula el uso de las potestades administrativas de defensa, conservación y garantía de uso público de los caminos vecinales y rurales del término municipal"). El artículo 1 establece que tienen la consideración de caminos vecinales o rurales las vías de titularidad municipal que facilitan la comunicación con pueblos, pequeños núcleos urbanos, con fincas rústicas, y que sirven fundamentalmente a los fines propios de la agricultura y de la ganadería.

105. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 156, de 28 de diciembre de 2002. Su objeto es regular el tráfico, el uso y la defensa de los caminos y las vías rurales de titularidad municipal. Distingue entre los caminos integrantes de la red viaria básica, definidos como los caminos agrícolas que estructuran el término municipal, y que se relacionan uno a uno, y los caminos integrantes de la red viaria secundaria, que son los caminos no principales en suelo no urbanizable, que también se relacionan uno a uno. El artículo 3, apartado 3, señala que la relación de caminos municipales, su longitud y otras características se fijarán a partir del inventario de bienes municipales y de lo que establezca el planeamiento urbanístico municipal que esté vigente en cada momento.

106. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 59, de 16 de mayo de 2002. Su objeto coincide con el de la ordenanza de Albesa y establece una relación de caminos con el criterio de la ordenanza de La Floresta.

107. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 90, de 27 de julio de 2002. Coincide con los anteriores pero establece una relación más pormenorizada de los caminos municipales.

1. Ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (agrupadas por denominación)

1.1. *Reguladora de pistas y caminos* en el término municipal de Biescas¹⁰¹ (Huesca).

1.2. *Municipal de caminos rurales* de la Villa de Don Fadrique¹⁰² (Toledo) y de Sotorribas¹⁰³ (Cuenca).

1.3. *Reguladora de caminos municipales* de los municipios de Albesa,¹⁰⁴ La Floresta,¹⁰⁵ Omellons,¹⁰⁶ La Pobla de Cérvoles¹⁰⁷ y Massalcoreig¹⁰⁸ (Lleida), y del municipio de Nou de Gaià¹⁰⁹ (Tarragona).

1.4. *Del uso, conservación y protección* de los caminos y vías rurales municipales de La Carlota¹¹⁰ (Córdoba).

1.5. *Reguladora de caminos* de Constantí (Tarragona) y *de caminos y vías rurales* de Senan¹¹¹ (Tarragona).

1.6. *Para la protección de la red de caminos de titularidad municipal* de interés comarcal del municipio de Vilabella¹¹² (Tarragona).

108. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 2, de 4 de enero de 2000. Coincide su objeto y forma de relacionar los caminos con las anteriores, y es la primera en el tiempo de las relacionadas en este comentario de la provincia de Lleida.

109. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona*, número 4, de 5 de enero de 2002. Su objeto es regular el uso y la defensa de los caminos y las vías rurales de las que es titular el ayuntamiento. En su artículo 2 establece dos categorías de caminos: los caminos integrantes de la red viaria básica y los caminos integrantes de la red viaria secundaria.

Integran la red viaria básica los caminos agrícolas que estructuran el término municipal y tienen esa condición y "los que así figuren en las normas subsidiarias del municipio, así como todos aquellos que de forma expresa acuerde el Pleno del ayuntamiento, ya sean existentes o de nueva". Añade el precepto que también forman parte de la red viaria básica los caminos determinados para la prevención de incendios forestales en los planes que se puedan elaborar con relación a éstos. Los caminos de la red viaria secundaria son los caminos no principales en suelo no urbanizable, y la ordenanza utiliza la cláusula residual "todos aquellos que no estén expresamente declarados como integrantes de la red viaria básica, se entenderán incluidos en la red viaria secundaria".

110. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba*, número 26, de 21 de febrero de 2003. Su objeto es regular el uso, la conservación y la protección de los caminos y las vías rurales municipales, definidos como bienes de dominio público, de uso público. En el artículo 3 se definen los caminos rurales: los de titularidad y competencia municipal que facilitan la comunicación directa con pueblos limítrofes, con los núcleos urbanos y diseminados de las aldeas, el acceso de fincas y los que sirven a los fines propios de la agricultura y la ganadería.

111. Las ordenanzas de Constantí y Senan son prácticamente idénticas. La ordenanza de Constantí se publicó en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona*, número 134, de 10 de junio de 2002, y la de Senan en el número 84, de 10 de abril de 2003. En ambos casos, su objeto es regular el uso y la defensa de los caminos y vías rurales de titularidad municipal. Establecen dos categorías de caminos y vías rurales: caminos integrantes de la red viaria básica (los caminos agrícolas estructuradores del término municipal) y caminos integrantes de la red viaria secundaria. Entre los primeros se incluyen los que figuren con esa categoría en el catálogo de caminos (Constantí) o en el inventario de caminos (Senan) y todos aquellos que de forma expresa lo acuerde el Pleno del ayuntamiento, sean existentes o de nueva apertura.

Los caminos de la red viaria secundaria incluyen los caminos no principales en suelo no urbanizable y todos los que no estén expresamente declarados como integrantes de la red viaria básica.

112. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona*, número 253, de 4 de noviembre de 2002. Su objeto es la regulación de "las vías de titularidad municipal mediante el establecimiento de los instrumentos necesarios para garantizar su adecuada ordenación, funcionamiento y protección". La ordenanza se fundamenta en los resultados de un trabajo previo de cata-

1.7. *Reguladora de las bases para la utilización especial de pistas forestales y caminos de titularidad municipal de Olaberriá*¹¹³ (Territorio Histórico de Gipuzkoa).

1.8. *Reguladora del uso, mantenimiento y mejora de los caminos rurales* de los municipios de Tricio y Hormilleja¹¹⁴ (La Rioja).

2. Ordenanzas de control de la circulación de vehículos a motor

2.1. Para el *uso y utilización* de las *pistas forestales* de titularidad de la Parzonería de Entzia¹¹⁵ (Territorio Histórico de Alaba).

2.2. De *regulación de la circulación de vehículos a motor* en los montes patrimoniales y *caminos rurales* y la explotación de setas en los montes patrimoniales de Acebedo¹¹⁶ (Territorio Histórico de Alaba).

2.3. De la *utilización de los caminos rurales y vecinales con vehículos pesados* del municipio de Aramaio¹¹⁷ (Territorio Histórico de Alaba).

logación de caminos, tal como se desprende de su artículo 2, cuando establece que “la presente ordenanza debe aplicarse a los caminos incluidos en la red de caminos municipales de interés comarcal del Alt Camp, de acuerdo con el inventario aprobado por su consejo comarcal”. Asimismo, el artículo 2 define los caminos municipales de uso público: “[...] se considerarán caminos las vías de comunicación urbanas existentes entre poblaciones, núcleos, pasajes o partidas o que se construyan con categoría anterior a la carretera local.”

113. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Guipúzcoa*, número 59, de 2 de abril de 2002. Su objeto son las pistas y caminos de titularidad municipal que ni delimita ni cataloga (el artículo 1 establece: “Aun no siendo de titularidad municipal, ya que las pistas y los caminos en estos últimos años han sido arreglados y mejorados gracias a las importantes ayudas concedidas por las administraciones públicas son de uso público, el ayuntamiento tiene competencia para regular dicho uso”. Su finalidad principal es establecer el uso común general (para los vehículos la velocidad máxima es de 30 km/h y la carga máxima 20 Tm) y los supuestos de usos comunes especiales permitidos con autorización).

114. El contenido de ambas coincide y fueron publicadas, la de Hormilleja en el *Boletín Oficial de La Rioja*, número 4, de 8 de enero de 2002, y la de Tricio en el número 13, de 29 de enero de 2002. Su ámbito de aplicación son los caminos rurales de titularidad municipal, entendiéndose por tales “los que facilitan la comunicación directa entre los diferentes términos del municipio y que sirven fundamentalmente a los fines propios de la agricultura, exceptuándose, por tanto, las servidumbres típicas de fincas aisladas, que se regirán por el Código civil”.

115. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava* (BOTH), número 98, de 30 de agosto de 2002. Su objeto es regular la circulación de los vehículos a motor en las pistas de los montes de la Parzonería de Entziar (que parece deducirse que son de dominio público, con lo que también lo serán las pistas y los caminos).

116. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava* (BOTH), número 34, de 23 de marzo de 2001. El objeto de la ordenanza es regular la circulación de vehículos a motor en los caminos rurales del Concejo de Acebedo. La definición de caminos rurales se remite a la Norma foral de Álava 6/1995, de 13 de febrero (BOTH, número 24, de 27 de febrero).

117. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava* (BOTH), número 34, de 20 de marzo de 2002. Su ámbito de aplicación son los caminos municipales y su objeto la regulación de la licencia que se precisa para circular con vehículos pesados.

118. Publicada en el *Boletín Oficial de Navarra*, número 101, de 21 de agosto de 2000. Su ámbito de aplicación son todos los caminos del término municipal, que se encuentran incluidos dentro de las obras de concentración par-

2.4. *Reguladora de caminos* del municipio de Sada¹¹⁸ (Navarra).

3. Ordenanzas de conservación y policía de caminos públicos, no sólo los de titularidad municipal

3.1. *Reguladora del uso de los caminos públicos* de los municipios de Borox¹¹⁹ y Cabezasada¹²⁰ (Toledo).

3.2. *Reguladora del mantenimiento, la reparación, el uso y el aprovechamiento de los caminos públicos* del municipio de Lillo¹²¹ (Toledo).

4. Ordenanzas de policía de caminos públicos y privados

4.1. De *caminos del municipio* de Montgai¹²² (Lleida).

4.2. De policía rural *reguladora de la delimitación de los caminos rurales* y del cerramiento de fincas rústicas de Fuente del Maestre¹²³ (Badajoz).

4.3. De *mantenimiento comunitario de vías*, cauces y espacios públicos en las parroquias rurales del cantón de Cuenca.¹²⁴

celaria, incluidas las cunetas, los desagües, y demás infraestructuras que forman parte de las necesarias para el tránsito de vehículos en la zona de concentración parcelaria.

119. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, número 16, de 20 de enero de 2001. Su ámbito es la regulación de usos y aprovechamientos de los caminos de dominio público del término municipal y garantizar la conservación y la salvaguarda del carácter de uso público. Los caminos se relacionan en el anexo de la ordenanza. El articulado no precisa si incluye sólo los caminos demaniales municipales; sin embargo, el anexo que relaciona los caminos incluye las vías pecuarias (de titularidad de la comunidad autónoma).

120. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, número 71, de 26 de marzo de 2001. Tiene el mismo objeto que la anterior o viceversa, pero es más precisa en la relación de caminos del anexo, dado que incluye la sigla identificativa de cada camino, la longitud y la anchura de calzada, de la cuneta y el total de ambas.

121. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, número 79, de 8 de abril de 2002. Su ámbito de aplicación se extiende a todos los caminos públicos, aunque sólo se relacionan por anexo los municipales principales.

122. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 74, de 20 de junio de 2002. El artículo 1 establece que constituyen la red pública de caminos del municipio los terrenos y las instalaciones destinadas a la vialidad territorial del término municipal. Su objeto es establecer limitaciones de edificación y uso a las propiedades que lindan con los caminos públicos (de titularidad municipal o de otros entes públicos).

123. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz*, de 17 de abril de 2002. Su objeto es delimitar los caminos rurales privados y públicos, municipales y autonómicos (vías pecuarias). Esta previsión del artículo 1 se concreta en el artículo 3, que establece que el fin social que se pretende garantizar es “la anchura y demarcación de los caminos públicos en general y de aquellos privados o particulares compartidos, cuyas partes legítimas así lo interesen respecto de los existentes en este término municipal”.

124. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Cuenca*, de 22 de mayo de 2001. Las juntas parroquiales son entes locales descentralizados de ámbito territorial inferior al municipio (artículo 45 de la LBRL), y en este caso la ordenanza establece obligaciones de mantenimiento y limpieza a los propietarios de lotes con frente a *vías* y espacios públicos comunitarios, y la prohibición general de arrojar residuos y descargas de aguas pluviales a *las vías públicas, los caminos vecinales* o los espacios públicos. El concepto de lote con frente a vías es genérico, no sólo incluye las vías públicas, y el de caminos vecinales tampoco permite presuponer necesariamente su carácter de bienes de dominio público.

5. Ordenanza reguladora de las subvenciones para las obras de pavimentación y saneamiento de caminos privados

5.1. *Reguladora del plan de ayudas* para la ejecución de los proyectos de *pavimentación y saneamiento de caminos rurales* en el término municipal, y de las condiciones de mantenimiento y utilización especial de los caminos ejecutados del municipio de Mondragón¹²⁵ (Territorio Histórico de Gipuzkoa). ■

125. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Gipuzcoa*, de 9 de abril de 1997. La ordenanza tiene por objeto principal regular las ayudas para la ejecución de los proyectos de pavimentación y saneamiento de caminos rurales, pero también, y en ello radica su interés, regula las condiciones de mantenimiento y utilización especial de los caminos en los que se han realizado las obras. El artículo 7 establece que "cuando la obra haya finalizado, sea recepcionada por el ayuntamiento y el/los usuarios se verán obligados a aceptar el camino a *una servidumbre continua de paso público por tiempo indefinido, en lo que terrenos de su propiedad*".

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, conjuntamente 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 se inició a 1 de enero de 2002 (QDL, 0) y en cada número se incluye, con carácter general, la selección de sentencias del período comprendido desde la 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 12 de octubre de 2002 hasta 28 de febrero de 2003, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por ser su publicidad casi inmediata), que se seleccionan desde el 12 de febrero de 2003 hasta el 15 de junio de 2003.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas. Las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa son las más numerosas y se refieren a cuestiones de Derecho administrativo sancionador (ejercicio verbal de la competencia sancionadora y uso de las armas por un policía local); al derecho a participar en los asuntos públicos (alcance de una condena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos y solicitud de documentos por parte de un concejal); al derecho a recibir información (prohibición de difusión audiovisual de los plenos); a responsabilidad patrimonial; a impugnación indirecta de planes urbanísticos; a la revocación de licencia de vado; a la enajenación de bienes patrimoniales (acciones de una sociedad mercantil y de una parcela del patrimonio municipal del suelo); al régimen jurídico de los bienes objeto de protección por la legislación de patrimonio cultural (su valoración a efectos expropiatorios y la realización de obras en un inmueble declarado Bien de Interés Cultural); la naturaleza jurídica de la declaración de impacto ambiental y la de la adjudicación de un programa de actuación urbanística a un urbanizador.

También debe destacarse, en el ámbito de la contratación de las administraciones públicas y empresas privadas de capital público, la Sentencia del TJCE de 15 de mayo

de 2003, que establece que el Reino de España ha incumplido sus obligaciones al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665. En el próximo número de la revista publicaremos un estudio que realiza un análisis crítico de la sentencia y valora sus posibles consecuencias. Esta relación del contenido de la sección esperamos que anime al lector a su examen.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección ha sido realizada por Domènec Sibina Tomàs, y la elaboración y redacción de las fichas, por Eva Arnal Arasa.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Incoación de un expediente sancionador sin proceder a la notificación en el domicilio actual del interesado. Derecho a ser informado de la acusación. Derecho de defensa

SUPUESTO DE HECHO

Por mal aparcamiento de un vehículo del que era titular la entidad T, se emitió una notificación de denuncia para que se identificase a su conductor. El requerimiento de identificación se efectuó por correo certificado con acuse de recibo en dos ocasiones (15 y 23 de enero de 1998), con el resultado de ser desconocida la persona a quien se dirigía la notificación en el domicilio en el que se había efectuado la misma. Posteriormente se procedió a la notificación por edictos, publicados en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*.

En fecha 27 de marzo, se incoó un expediente sancionador por multa de 50.000 pesetas por la falta de identificación del conductor, notificándose en el mismo domicilio que en la anterior ocasión y con el mismo resultado, procediéndose nuevamente a la notificación por edictos.

En fecha 12 de junio de 1998, se dictó la resolución sancionadora, que se intentó notificar como en las anteriores ocasiones, procediéndose otra vez a la notificación por edictos.

A finales de mayo de 1999, T. A., administradora única de la entidad sancionada, tuvo conocimiento, al recoger la correspondencia en su domicilio particular, de un requerimiento de pago de siete multas de tráfico, que ascendían a la cantidad de 320.000 pesetas de principal y 392.791 pesetas de intereses y recargos. A diferencia de las ocasiones anteriores, la notificación se había efectuado en el domicilio particular actual de la administradora única de la sociedad.

El día 2 de junio de 1999, el letrado de la entidad sancionada solicitó la vista del expediente, petición que le fue denegada, siendo pospuesta hasta el día 20 del mismo mes. El letrado compareció el día indicado, siéndole negada nuevamente la vista del expediente. Únicamente le fueron entregadas unas fotocopias de acuse de recibo.

Con el objeto de evitar que transcurriera el plazo de interposición del recurso, la entidad sancionada interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se le impuso una multa de 45.000 pesetas por incumplir el deber de identificar al conductor del vehículo. Dicho recurso fue desestimado.

Contra dicha resolución, la entidad T interpuso un recurso de amparo, por considerar que había sido vulnerado su derecho a ser informado de la acusación y a la defensa (artículo 24.2 de la CE), al no haber sido emplazada personalmente en el procedimiento administrativo sancionador a pesar de que su actual domicilio social figuraba en el Registro Mercantil y que era conocido por el Ayuntamiento de Madrid, como pone de relieve que la diligencia de apremio fuera dirigida a dicho domicilio.

Según la recurrente, lo anterior la colocaba en una clara situación de indefensión, “[...] al impedirle cumplir la obligación legal de identificar al conductor del vehículo infractor, conocer el expediente sancionador instruido como consecuencia del incumplimiento de la mencionada obligación y formular alegaciones y proponer prueba en el mismo”.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo, al considerar vulnerados los derechos de la recurrente a la defensa y a ser informada de la acusación. A fin de restablecer a la recurrente en sus derechos, el Tribunal declaró la nulidad de la resolución sancionadora, así como de la resolución judicial desestimatoria de las pretensiones de la recurrente.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Recurso de amparo. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: 54/2003. Recurso de amparo 727/2000

FECHA: 24 de marzo de 2003

PONENTE: D. Vicente Conde Martín de Hijas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE

DOCTRINA: Incoación de un expediente sancionador sin proceder a la notificación en el domicilio actual del interesado. Derecho a ser informado de la acusación. Derecho de defensa (FJ 3 y 4)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Constitucional se remitió a su reiterada doctrina, en la que éste “[...] ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24.2 de la CE, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto”. (FJ 3)

Ello “[...] constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de derecho”. (FJ 3)

Como indicó el Tribunal, entre el amplio abanico de garantías que la doctrina ha ido elaborando, se encuentra el derecho a la defensa.

En cuanto al ejercicio de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal declaró que éste:

“[...] presupone, obviamente, que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga.” (FJ 3)

En este sentido, el Tribunal recordó haber declarado anteriormente que:

“[...] los posibles defectos en la notificación o emplazamiento administrativo, cuando se trate, como en este supuesto acontecido, de un acto administrativo sancionador, revisten relevancia constitucional desde la perspectiva del artículo 24 de la CE.” (FJ 3)

En relación con el caso analizado, el Tribunal consideró que la falta de emplazamiento personal de la entidad demandante tenía relevancia constitucional. Éste declaró que:

“[...] la Administración, al no emplazar personalmente a la demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador pese a tener conocimiento, o, al menos, evidente posibilidad de adquirirlo, del verdadero domicilio de aquélla, no ha actuado con la diligencia que le era exigible y ha generado a la recurrente en amparo, al impedirle ejercer el derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, una situación de indefensión constitucionalmente relevante.” (FJ 4)

Según había declarado anteriormente el Tribunal:

"[...] los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 de la CE 'no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración [...] pueda incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión', pues 'la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto implicado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga'." (FJ 4)

De modo que, según éste:

"[...] al haberse impuesto a la entidad recurrente en amparo una sanción sin procedimiento contradictorio alguno, la Administración ha vulnerado el artículo 24 de la CE, por no respetar el derecho fundamental de la demandante de amparo a no ser sancionada si no es a través del correspondiente procedimiento en el que, con las modulaciones que procedan, se respeten las garantías que se deducen del mencionado precepto constitucional." (FJ 4)

En atención a lo expuesto, el Tribunal acordó estimar el recurso de amparo, declarando la nulidad de la resolución dictada en

el expediente sancionador, así como de la resolución judicial contra la que se interpuso el recurso de amparo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Proyectando las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24 de la CE sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración, ver las siguientes sentencias: STC 18/1981, de 8 de junio (Aranzadi 1981/18); STC 120/1996, de 8 de julio (Aranzadi 1996/120). Sobre la vigencia de las garantías del artículo 24 de la CE en el seno del procedimiento administrativo sancionador, ver las siguientes sentencias: STC 7/1998, de 13 de enero (Aranzadi 1998/7) (FJ 5); STC 3/1999, de 25 de enero (Aranzadi 1999/3) (FJ 4); STC 14/1999, de 22 de febrero (Aranzadi 1999/14) (FJ 3.a); STC 276/2000, de 16 de noviembre (Aranzadi 2000/276) (FJ 7), y STC 117/2002, de 20 de mayo (Aranzadi 2002/117) (FJ 5).

Sobre las consecuencias de posibles defectos de notificación o emplazamiento administrativo cuando se trate de un acto administrativo sancionador desde la perspectiva del artículo 24 de la CE, ver la siguiente sentencia: STC 291/2000, de 30 de abril (Aranzadi 2000/291).

Tribunal Constitucional. Reclamación por impago de cuotas colegiales. Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. Colegiación obligatoria. Derecho a la libertad de asociación, en su vertiente negativa

SUPUESTO DE HECHO

El Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional de la Provincia de Valencia demandó a un secretario de la Administración local con habilitación de carácter nacional en reclamación de cantidad por importe de 147.000 pesetas en concepto de impago de cuotas colegiales. El juzgado de primera instancia condenó al demandado al pago de la cantidad reclamada. En los autos, había quedado acreditado que el demandado nunca había solicitado el alta en el colegio demandante, que nunca le fue notificada el alta al mismo, que ésta fue practicada de oficio, que nunca había participado en las actividades del colegio y que nunca había satisfecho las cuotas por considerar la exigencia de la colegiación obligatoria contraria a los artículos 22 y 14 de la CE.

El mencionado secretario interpuso un recurso de apelación contra la sentencia mencionada, recurso que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia.

Contra ambas resoluciones judiciales, éste interpuso un recurso de amparo, al considerar que ambos fallos vulneraban su derecho fundamental a la libertad de expresión en su vertiente negativa (artículo 22 de la CE) y el principio de igualdad y no-discriminación (artículo 14 de la CE).

El Tribunal Constitucional estimó parcialmente el recurso de amparo, declarando vulnerado el derecho del recurrente a la libertad de asociación, en su vertiente negativa, y desestimando la demanda en todo lo demás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional analizó en primer lugar la alegación del recurrente en relación con la obligatoriedad de la pertenencia al colegio, que, según éste, se había impuesto sin respetar la reserva de ley *ex* artículo 36 de la CE.

Al respecto, el Tribunal advirtió que el cumplimiento o no de dicha reserva no podía ser el elemento directamente determinante de la solución a dar al caso a la alegada vulneración de la

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno. Recurso de amparo. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: 76/2003. Recurso de amparo 5950/2001

FECHA: 23 de abril de 2003

PONENTE: D. Vicente Conde Martín de Hijas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 14, 22 y 36 de la CE

DOCTRINA: Reclamación por impago de cuotas colegiales. Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. Colegiación obligatoria. Derecho a la libertad de asociación, en su vertiente negativa (FJ 4, 6 y 7)

libertad negativa de asociación, indicando que la vulneración a este derecho "[...] es la que propiamente puede constituir el objeto de la tutela constitucional en el recurso de amparo". (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal declaró que el carácter preconstitucional de las normas por las que fue creado el colegio y la previsión de la colegiación obligatoria al mismo no implicaba "[...] la nulidad de las disposiciones infralegales por el hecho de que posteriormente la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias". (FJ 4)

A continuación, el Tribunal se centró en la conexión entre los colegios profesionales y la exigencia de la colegiación obligatoria en relación con el derecho de asociación (artículo 22 de la CE). Al respecto, se refirió a su propia doctrina. Éste ha declarado que:

"[...] los colegios profesionales no son asociaciones a los efectos del artículo 22 de la CE, por lo que ni existe un derecho

de los ciudadanos a crear o a que los poderes públicos creen colegios profesionales, ni a éstos les es aplicable el régimen propio de las asociaciones.” (FJ 6)

Por su parte, en cuanto a la compatibilidad entre la colegiación obligatoria y la libertad negativa de asociación, el Tribunal declaró, reiterando lo indicado ya en otra sentencia, que:

“[...] la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional.” (FJ 6)

Asimismo, en cuanto a la naturaleza de los colegios profesionales, éste declaró que:

“[...] constituyen una típica especie de corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión —que constituye un servicio al común— se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, por otra parte, ya ha garantizado el propio Estado con la expedición de título habilitante.” (FJ 6)

Volviendo a la exigencia de la colegiación obligatoria, éste indicó que:

“No son, por tanto, [...] los fines relacionados con los intereses corporativos integrantes del colegio [...] los que justifican la legitimación de la opción del legislador por la colegiación obligatoria, sino esos otros fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público [...].” (FJ 6)

“[...] la calificación de una profesión como colegiada, con la consecuente incorporación obligatoria, requiere, desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esa decisión dependerá de que el colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser considerados por este Tribunal.” (FJ 6)

“Corresponde, pues, al legislador y a la Administración pública, determinar por razón de la relación funcional con carácter general, en qué supuestos y condiciones, al tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa y, por tanto, de carácter público, excepcionalmente dicho requisito, con el consiguiente sometimiento a la ordenación y disciplina colegiales, no haya de exigirse, por no ser la obligación que impone proporcionada al fin tutelado.” (FJ 6)

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en el caso estudiado, observando qué “fines y funciones públicos constitucionalmente relevantes” justificaban la exigencia de colegiación obligatoria a los colegios de secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local, en concreto, la de Valencia.

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“Los miembros del colegio tienen [...] la condición de funcionarios públicos y en el ejercicio de su actividad profesional les corresponde el desempeño de las funciones públicas que el legislador ha calificado como necesarias en todas las corporaciones locales [...]. Se trata, obviamente, de funciones de clara relevancia constitucional, en cuanto mediante su desempeño se aspira y trata de conseguir la satisfacción de los principios de eficacia y legalidad en la actuación de las administraciones locales [...]. En definitiva, los miembros del colegio puesto en cuestión son funcionarios públicos, que ejercen su actividad profesional exclusivamente en el ámbito de la Administración

pública e integrados en una organización administrativa (por tanto, de carácter público), sin poder desempeñarla privadamente, siendo la propia Administración pública la destinataria inmediata de sus servicios.” (FJ 7)

En consecuencia, según el Tribunal, en ese caso:

“[...] es el propio poder público quien procede, al menos de manera principal, a la ordenación del ejercicio de la función pública de los secretarios, interventores y tesoreros de Administración local con habilitación de carácter nacional y a velar por el correcto desempeño de la misma.” (FJ 7)

Por tanto, en relación con los fines y las funciones que corresponden a dichos colegios, según el Tribunal:

“[...] aun reconociendo su importancia y alcance, no presentan una relevancia tal en la ordenación del ejercicio de la profesión a fin de garantizar el correcto desempeño de la misma que permita identificar, al menos con la intensidad suficiente, la existencia de intereses públicos constitucionalmente relevantes que pudieran justificar en este caso la exigencia de la colegiación obligatoria. Obviamente, no alcanzan tal calificación los fines y las funciones referidos a la representación de los intereses de los colegiados y de la profesión [...]. E igual acontece, respecto a los fines y funciones que se proyectan en la actividad exterior del colegio [...]. Tampoco cabe apreciar en el desempeño de tales fines y funciones la consecución y tutela de intereses públicos que pudieran justificar en este caso la exigencia de la colegiación obligatoria.” (FJ 7)

En consecuencia, en el caso estudiado, la exigencia de colegiación obligatoria:

“[...] no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de los secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local con habilitación de carácter nacional a fin de garantizar el correcto desempeño de la misma y los intereses de quienes son los destinatarios de los servicios prestados por dichos profesionales, pues, como ya se ha señalado, de un lado, se trata de funcionarios públicos que ejercen su actividad profesional exclusivamente en el ámbito de la Administración pública que es la destinataria inmediata de sus servicios, y, de otro, es la propia Administración pública la que asume directamente la tutela de los intereses concurrentes en el ejercicio de la profesión y la garantía de que éste se ajuste a las reglas o normas que aseguren tanto su eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio.” (FJ 7)

Por lo expuesto, el Tribunal concluyó que las resoluciones judiciales impugnadas, al aceptar como dato determinante para la resolución de la reclamación de cantidad la adscripción obligatoria al mencionado colegio, lesionaron el derecho del recurrente a la libertad de asociación en su vertiente negativa, procediendo a la anulación de dichas sentencias. Por tanto, en ese extremo, el Tribunal Constitucional estimó parcialmente la demanda de amparo, desestimándola en todo lo demás.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la colegiación obligatoria, ver las siguientes sentencias: STC 69/1985, de 30 de mayo (Aranzadi 1985/69); STC 131/1989, de 19 de julio (Aranzadi 1989/131), y STC 35/1993, de 15 de febrero (Aranzadi 1993/35).

Sobre el derecho de asociación, en relación con los colegios profesionales y la colegiación obligatoria, ver la siguiente sentencia: STC 194/1998, de 1 de octubre (Aranzadi 1998/194).

Negando el carácter de asociaciones a los efectos del artículo 22 de los colegios profesionales, ver las siguientes sentencias: STC 89/1989, de 11 de mayo (Aranzadi 1989/89); 131/1989; STC de 17 de septiembre (Aranzadi 1989/131); STC 139/1989, de 20 de julio (Aranzadi 1989/139), y STC 244/1991 de 16 de diciembre (Aranzadi 1991/244), entre otras.

Declarando que la pertenencia a un colegio no es contraria por sí misma a los artículos 22 y 28 de la CE, ver las siguientes sentencias: STC 123/1987, de 15 de julio (Aranzadi 1987/123); STC 139/1989, de 20 de julio (Aranzadi 1989/139), y STC 166/1992, de 26 de octubre (Aranzadi 1992/166).

Declarando que los colegios son una especie de corporación destinada a garantizar el ejercicio de una profesión, que constituye un servicio al común, ver la siguiente sentencia: STC 89/1989, de 11 de mayo (Aranzadi 1989/89).

Declarando que la calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria, requiere la consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes, ver la siguiente sentencia: STC 194/1998, de 1 de octubre (Aranzadi 1998/194) (FJ 4).

Sobre los supuestos en los que la Administración asumiría la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los colegios profesionales, ver la siguiente sentencia: STC 69/1985 (Aranzadi 1985/69).

Sobre las funciones que desempeñan los miembros de los colegios de secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local, ver la siguiente sentencia: STC 107/1996, de 12 de julio (Aranzadi 1996/107) (FJ 6). Declarando que es el poder público quien procede a la ordenación del ejercicio de la función pública de los secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local, ver la siguiente sentencia: STC 194/1998, de 1 de octubre (Aranzadi 1998/194) (FJ 3 y 4).

Tribunal Constitucional. Presentación de una lista electoral con insuficiencia de candidatos. Carácter subsanable de la falta de candidatos. Derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes

SUPUESTO DE HECHO

Una coalición electoral presentó ante la Junta Electoral de Zona de Tremp una candidatura para las elecciones municipales de La Pobla de Segur, en las que aparecía como candidato J. S. L. La Junta Electoral confirió a dicha candidatura el plazo de dos días para que se subsanara la irregularidad apreciada de insuficiencia de candidatos, al deber contener la lista un número de once, de acuerdo con lo establecido por la Ley orgánica del régimen electoral general (artículos 47.2 y 46.3). Dentro del plazo que le había sido conferido, la mencionada coalición presentó a la Junta Electoral una lista completa de la candidatura, estando ésta encabezada por E. F. G. La Junta Electoral proclamó la candidatura.

Una candidatura a la Alcaldía del mismo municipio impugnó dicho acuerdo, interesando la anulación de la candidatura por la subsanación de las irregularidades. Subsidiariamente, se solicitaba la anulación del acuerdo en la parte en que se argumentaba que la falta de candidatos no constituía un vicio subsanable, como tampoco la alteración del orden de aparición de los candidatos presentados. El juzgado de lo contencioso estimó el recurso, siendo anulado el acuerdo de la Junta Electoral.

Tras ello, la coalición electoral cuya candidatura había sido anulada, interpuso un recurso de amparo, por considerar que la resolución vulneraba los derechos fundamentales a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes (artículo 23.1 de la CE), y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24 de la CE). Los recurrentes consideraban que dicha resolución vulneraba los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 de la CE por cuanto privaba a la candidatura de participar en las elecciones, y a los electores de elegir a sus representantes. El ministerio fiscal interesó la estimación del recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional acordó otorgar el amparo solicitado, anulando la sentencia impugnada, por impedir al recurrente el ejercicio del derecho al sufragio electoral pasivo. Asimismo, el Tribunal Constitucional reconoció que el derecho del recurrente al sufragio (artículo 23.2 de la CE) había sido vulnerado por la resolución anulada, declarando la validez del acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Tremp.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Constitucional centró su examen en el derecho de acceso a los cargos públicos

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.
Recurso de amparo. Jurisdicción constitucional.

RESOLUCIÓN: 84/2003. Recurso de amparo 2578/2003

FECHA: 8 de mayo de 2003

PONENTE: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 23.1 y 24 de la CE

DOCTRINA: Presentación de una lista electoral con insuficiencia de candidatos. Carácter subsanable de la falta de candidatos. Derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes (FJ 5)

(artículo 23.2 de la CE). Antes de entrar en el análisis del mencionado derecho, el Tribunal aclaró que la sentencia impugnada se había basado en una norma derogada (artículo 46 de la LOREG), si bien admitió la imposibilidad del Tribunal de valorar cuestiones de legalidad ordinaria.

Entrando en materia, el Tribunal consideró que procedía otorgar el amparo, en atención a la doctrina en materia de subsanación de irregularidades en las sufridas en la presentación de candidaturas ante la Administración electoral que, en palabras del propio Tribunal:

"[...] puede resumirse en la afirmación de que, por principio, los errores e irregularidades cometidos en la presentación de éstas son subsanables y que, en consecuencia, las juntas electorales han de ofrecer la oportunidad de que las candidaturas en las que se han detectado lo hagan." (FJ 5)

Así, como había declarado anteriormente el propio Tribunal:

"[...] 'la presentación de una lista que, por ser incompleta, no cumpla con lo preceptuado en el artículo 46.3 de la LOREG en modo alguno produce la inadmisión, sin más, de la misma, dada la previsión legal de un trámite de subsanación de las irregularidades advertidas por la Junta Electoral o denunciadas por los demás representantes de las candidaturas (artículo 47.2 de la LOREG)', y que 'semejante trámite se halla, pues, legalmente dispuesto y, además, constituye una exigencia en orden a dotar de efectividad al derecho fundamental de acceso a las funciones y los cargos públicos (artículo 23.2 de la CE) que asiste a los componentes de las listas presentadas'." (FJ 5)

Más adelante, el Tribunal indicó que, si bien la candidatura presentada no se correspondía con los once candidatos a elegir:

“En contra del criterio de la sentencia recurrida habrá que convenir, sin embargo, en que se formuló en un escrito de presentación que expresa claramente la denominación, las siglas y el símbolo del partido que la promovía, así como el nombre y los apellidos del candidato incluido en la lista, acompañando la declaración de aceptación de la candidatura. No es posible, por tanto, calificar dicha candidatura como inexistente, sino que en todo caso se debería hablar de candidatura incompleta, como tampoco resulta procedente hablar de presentación de una nueva candidatura sin más.” (FJ 5)

Tras ello, el Tribunal aclaró lo siguiente:

“[...] la necesidad de otorgar una oportunidad de subsanación no puede ser eludida mediante una distinción entre ‘simples irregularidades’ y ‘defectos sustantivos’ o esenciales, pues dicha distinción carece de toda base legal [...]. La irregularidad cometida por la solicitante de amparo en la presentación de la candidatura no puede tener la trascendencia fatal para el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las

funciones y los cargos públicos que ha apreciado el órgano judicial, lo que conduce directamente a la concesión del amparo.” (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró procedente el otorgamiento del amparo solicitado, anulando la sentencia impugnada. Asimismo, el Tribunal reconoció la existencia de una vulneración del derecho pasivo al sufragio del recurrente, declarando la validez del acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Tresp.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la subsanación de irregularidades en las sufridas en la presentación de candidaturas ante la Administración electoral, ver la siguiente sentencia: STC 24/1989, de 2 de febrero (Aranzadi 1989/24).

Declarando que la presentación de una lista incompleta no produce, sin más, la inadmisión de la misma, ver la siguiente sentencia: STC 113/1991, de 20 de mayo (Aranzadi 1991/113).

A favor de la subsanación de ciertas irregularidades, ver la siguiente sentencia: STC 24/1989. Ésta reitera lo afirmado en la STC 59/1987, de 19 de mayo (Aranzadi 1987/59), y en la STC 95/1991, de 7 de mayo (Aranzadi 1991/95).

Tribunal Constitucional. Exigencia de inscripción en el censo electoral para ser elegible en elecciones a cortes autonómicas. Derecho de acceso a los cargos y las funciones públicas en condiciones de igualdad

SUPUESTO DE HECHO

Convocadas las elecciones autonómicas, la Junta Electoral de Castilla y León adoptó el acuerdo de considerar necesario, para ser elegible en las elecciones a Cortes de dicha comunidad, tener la condición política de castellano-leonés y estar inscrito en el censo electoral vigente (artículo 6 del Estatuto de autonomía de Castilla y León y los artículos 2 y 3 de la Ley electoral de dicha comunidad).

El representante de una formación política presentó su candidatura a la Junta Electoral Provincial, emitiendo ésta una diligencia en la que se constataba la falta del certificado del censo del cabeza de lista, L. G. S. El mencionado representante presentó alegaciones a la diligencia, indicando que no era necesaria la inscripción en el censo para ser proclamado candidato, bastando la acreditación de cumplirse con los requisitos de ser mayor de edad, castellano-leonés, y no estar incurso en causa de inelegibilidad. Asimismo, se comunicó la renuncia del cabeza de lista en el caso de que la Junta Electoral Provincial no tuviera por subsanado el error apreciado, con el fin de posibilitar la proclamación de ésta, reservándose el derecho de recurrir la decisión si finalmente se producía en sentido negativo.

La Junta Electoral Provincial no tuvo por subsanada la irregularidad de falta de inscripción en el censo electoral y aceptó la renuncia del cabeza de lista. Dicha resolución fue recurrida ante el juzgado de lo contencioso-administrativo, que desestimó el recurso.

Contra las decisiones de la Junta Electoral Provincial y del juzgado de lo contencioso-administrativo se interpuso un recurso de amparo, invocándose la vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos que supondría la exigencia de la inscripción censal, y la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, al suponer dicha exigencia una limitación y diferenciación entre los residentes en las distintas comunidades autónomas. En cualquier caso, el recurrente consideraba que la poca claridad de la normativa autonómica, estando en juego un derecho fundamental, debía ser posibilitadora de éste.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, reconociendo a L. G. S. su derecho a acceder a los cargos públicos.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Recurso de amparo. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: 86/2003

FECHA: 8 de mayo de 2003

PONENTE: D.^a María Emilia Casas Bahamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23 de la CE

DOCTRINA: Exigencia de inscripción en el censo electoral para ser elegible en elecciones a cortes autonómicas. Derecho de acceso a los cargos y las funciones públicas en condiciones de igualdad (FJ 4, 5, 6, 7 y 8)

Asimismo, anuló el acuerdo de la Junta Electoral Provincial y retrotrajo las actuaciones al momento anterior a la adopción del acuerdo anulado, para que se procediera a proclamar y publicar la candidatura presentada por el recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal acotó en primer lugar el objeto del recurso, indicando que éste consistía “[...] el carácter, imprescindible o no, del requisito de la inscripción en el Censo Electoral del candidato”.

A continuación, el Tribunal pasó a analizar las alegaciones del recurrente. Entre otros argumentos, éste sostenía que la exigencia de inscripción censal “[...] supondría establecer un requisito para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que no dispone la Constitución”. Sin embargo, el Tribunal consideró que dicho argumento no era admisible, pues, en palabras del propio Tribunal, el artículo 23.2 de la CE “[...] condiciona el derecho fundamental que garantiza a ‘los requisitos que señalen las leyes’, lo que ha dado lugar a la reiterada calificación del mismo por la doctrina de este Tribunal de derecho de configuración legal”. En virtud de ello:

“[...] Solamente si el legislador impone requisitos que vulneren el contenido esencial de dicho derecho, resultarían éstos inconstitucionales *ex* artículo 53.1 de la CE, lo que no parece que

ocurra precisamente con la exigencia de la inscripción en el censo, que este Tribunal ha considerado esencial en alguno de sus pronunciamientos [...]" (FJ 4)

Al respecto, en relación con el supuesto objeto de controversia, el Tribunal declaró que:

"[...] la naturaleza de derecho de configuración legal del contenido del artículo 23.2 de la CE y, tratándose de comunidades autónomas, cuyas legislaciones electorales deben observar, en virtud de la disposición adicional primera, apartado 2 de la LOREG, los requisitos que para el sufragio activo y pasivo contiene la regulación del régimen electoral general en sus capítulos primero y segundo del título I, nada obsta para que, en principio, y en tanto no suponga vulneración del contenido esencial del derecho a ser elegido tal y como antes se señalaba, añada la legislación autonómica otros requisitos para el ejercicio de dichos derechos. En principio, según decimos, entre ellos podría encontrarse el de la inscripción censal para concurrir a las consultas electorales." (FJ 4)

No obstante, el Tribunal puntualizó que, pese a no haber dudas de la posibilidad de exigir la inscripción censal como requisito del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, "[...] cuando [tal exigencia] es dotada de un carácter tan inexorable que no permita su subsanación o cumplimiento alternativo, por fuerza ha de estar muy seriamente fundamentada, desde el punto y hora en que la misma incide de lleno en un derecho tan esencial como es el sufragio pasivo, que hemos descrito, junto con el activo, como 'el más importante ejercicio de la soberanía por los ciudadanos'" (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal entendió que había que resolver dos cuestiones. En primer lugar, determinar si la decisión de la Junta Electoral Provincial de no tener por subsanada la falta de certificación censal tenía fundamento en "[...] una razón imperativa que haga imposible la alternativa de acreditar la condición de elegible del mismo por otros medios". En segundo lugar, ver si se puede imputar al excluido una falta de diligencia tal "en su ausencia del censo o en su intento de subsanación" que le impidiera esgrimir la vulneración de su derecho al acceso a un cargo público representativo. Sobre esta segunda cuestión, el Tribunal consideró haber hecho hincapié con anterioridad, al declarar que:

"[...] los procesos electorales, dada su naturaleza, su regulación y la función que cumplen, exigen la mayor colaboración y diligencia posible por parte de todas las personas y actores políticos que en ellos participan [...], diligencia especialmente requerida a quienes más interesados en el proceso electoral se presume, y que por ello mismo más vigilantes deben estar [...]" (FJ 6)

En relación con la primera cuestión, el Tribunal declaró que:

"[...] ni el acuerdo de la Junta Electoral autonómica [...] ni la resolución contencioso-administrativa recaída (que consiste en un recordatorio de la importancia de la inscripción censal según una de nuestras sentencias), dejan traslucir el motivo que impide la alternativa de subsanar la carencia de acreditación de la inscripción en el censo mediante la aportación de documentos que demuestren la posesión de los requisitos para tener el carácter de elegible." (FJ 6)

Para resolver la segunda cuestión planteada, el Tribunal determinó el objeto del censo electoral, indicando que éste (artículo 31 de la LOREG) consiste en "[...] contener 'la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados, definitiva o temporalmente, del derecho de sufragio'" (FJ 6). A continuación, el Tribunal subrayó el distinto papel del censo electoral para la ordenación del derecho de sufragio pasivo y la del sufragio activo. El Tribunal declaró que éste era "[...] esencial para la ordenación del ejercicio del derecho de sufragio activo por parte de los miles o millones de electores

[...]". Sin embargo, en el caso del sufragio pasivo era distinto; así, el Tribunal declaró que:

"[...] por muchos que sean los candidatos que pretendan concurrir a las elecciones por los distintos partidos, coaliciones o agrupaciones de electores, las normativas electorales (tanto la del régimen electoral general como la de los regímenes autonómicos) prevén un entramado de órganos administrativo-electorales, entre otros motivos, con el fin de posibilitar un control *ad casum* de los requisitos que deben reunir aquéllos para poder ser considerados elegibles." (FJ 7)

Dada la ausencia de la previsión por la LOREG de una certificación censal específica como la prevista para el ejercicio del sufragio activo, el Tribunal declaró que:

"Ello parece abocar a interpretar como necesariamente equivalente a tal posibilidad la previsión del artículo 7.2 de dicho cuerpo legal y sus correlativos en prácticamente todas las legislaciones electorales autonómicas, so pena, en caso contrario, de tener que concluir que el derecho de sufragio pasivo no admite modo de subsanación en el supuesto de error censal inadvertido por su titular, conclusión que aparece de todo punto inadmisibles respecto de un derecho en el que se fundamenta el sistema democrático." (FJ 7)

"[...] frente a la previsión legal en la Ley orgánica del régimen electoral general desde su adición por la Ley orgánica 3/1995, de 23 de marzo (RCL 1995, 952), de certificaciones censales específicas para acreditar con carácter excepcional su inscripción en el censo electoral quien desee ejercer su derecho al sufragio activo (artículo 85.5), no aparece una posibilidad equivalente para quien quiera hacer lo propio con el derecho de sufragio pasivo, de modo que no se vislumbra otra alternativa de subsanación de los fallos de inscripción en el censo que no sea la presentación de documentos que acrediten la posesión de los requisitos de elegibilidad [...]" (FJ 8)

Como quiera que ni la Junta Electoral Provincial ni la resolución jurisdiccional contencioso-administrativa habían respondido de dicha interpretación, sin otorgar opción alguna al ejercicio del derecho fundamental en juego, el Tribunal decidió otorgar el amparo solicitado, acordando lo relatado en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Exigiendo una especial fundamentación para la exigencia de inscripción en el censo electoral como requisito para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, ver la siguiente sentencia: STC 144/1999, de 22 de julio (Aranzadi 1999/144), (FJ 4).

Exigiendo la mayor colaboración y diligencia posible por parte de todas las personas y los actores políticos que en ellos participan, ver las siguientes sentencias: STC 67/1987, de 21 de mayo (Aranzadi 1987/67) (FJ 2), y STC 80/2002, de 8 de abril (Aranzadi 2002/80) [FJ 3.a)].

Sobre la inscripción en el censo electoral, ver la siguiente sentencia: STC 73/1987, de 23 de mayo (Aranzadi 1987/73).

Tribunal Constitucional. Ocupación de dependencias municipales por funcionarios públicos fuera del horario de apertura. Persecución y condena penal a afiliados a sindicatos. Derecho a la igualdad y a la libertad de acción sindical

SUPUESTO DE HECHO

La Junta de Personal de Funcionarios mantuvo ciertas negociaciones con el Ayuntamiento de Valladolid. No llegándose a ningún acuerdo, dos sindicatos convocaron a los funcionarios a participar en una serie de movilizaciones. Así, unos funcionarios permanecieron en el ayuntamiento la noche del día 3 al 4 de diciembre de 1996, no recibiendo orden alguna de desalojo. El día 4 un grupo de unos doscientos funcionarios penetraron en el Salón de Recepciones y la Sala de Comisiones del Ayuntamiento de Valladolid. Al llegar la hora de cierre (15 horas) el secretario general accidental del ayuntamiento pidió la lectura de una resolución del alcalde en la que éste ordenaba el inmediato desalojo y advertía a los ocupantes que en el supuesto de no hacerlo se daría cuenta de ello al juzgado de guardia, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento de las fuerzas de orden público. Los funcionarios abandonaron las dependencias municipales a las 18.30 horas. Como había advertido, el alcalde remitió un fax al juzgado de guardia poniéndole en conocimiento de los hechos acontecidos, solicitando del ministerio fiscal que promoviera y activara ante el juzgado cuantas actuaciones fueran necesarias para dilucidar las correspondientes responsabilidades penales.

El juzgado de instrucción absolvió a los acusados del cargo que se les imputaba (falta de allanamiento, artículo 635 del Código penal). Dicha resolución se sustentó en la consideración de que no concurría el dolo típico en los acusados y en atención a los principios de proporcionalidad y “última ratio” de la intervención penal. En concreto se razonaba que “[...] el bien jurídico protegido en la infracción se vincula al orden público, de modo que se entiende que no concurrió en el caso ninguna alteración del mismo, ni del normal funcionamiento de la casa consistorial, o de la sala de recepciones en la que no estaba programada actividad alguna y a la que no se impidió el acceso”.

El ministerio fiscal interpuso un recurso de apelación contra la sentencia, recurso que fue estimado. La Audiencia fundamentó su decisión en la consideración de que el bien jurídico protegido por el artículo 635 era la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. De modo que, al haberse entrado en las dependencias municipales fuera del horario de apertura, se había producido una vulneración de dicho bien jurídico.

Contra dicha resolución judicial, los mencionados funcionarios interpusieron un recurso de amparo, al considerar que la condena atentaba a su derecho a la igualdad y a la libertad de acción sindical (artículos 14 y 28.1 de la CE), pues entendían que no existía razón objetiva para que la persecución y la condena penal sólo les afectara a ellos, a pesar de constar en las actuaciones que en la reunión estaban presentes más funcionarios que los condenados. Según los condenados, como quiera que el fiscal y el juez habían entendido que la mayoría de los presentes en el mencionado salón no habían cometido ninguna infracción penal, el principio de igualdad exigía considerar que tampoco ellos habían cometido infracción alguna.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional señaló en primer lugar que la vulneración atribuida al órgano jurisdiccional debía ser examinada desde una doble perspectiva, “desde la óptica del derecho a la igualdad ante la ley”, y “desde la vertiente del derecho a no padecer discriminación por razón de afiliación o actividad sindical”.

En lo que refiere a la primera vertiente, el Tribunal consideró que lo alegado por los recurrentes no podía prosperar. Según el

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Recurso de amparo. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: 88/2003. Recurso de amparo 5040/1998

FECHA: 23 de abril de 2003

PONENTE: D.^a María Emilia Casas Baamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 14 y 28.1 de la CE, y artículo 635 del Código penal

DOCTRINA: Ocupación de dependencias municipales por funcionarios públicos fuera del horario de apertura. Persecución y condena penal a afiliados a sindicatos. Derecho a la igualdad y a la libertad de acción sindical (FJ 6, 7, 11, 13 y 14)

Tribunal éstos pretendían “[...] una suerte de derecho a la igualdad en la ilegalidad que carece de cobertura constitucional”. Como éste había manifestado en anteriores ocasiones, “[...] el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un ‘imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad’ [...] o ‘igualdad contra ley’” (FJ 6).

En relación con la posible vulneración al derecho de los acusados a no padecer discriminación por razón de la actividad o afiliación sindical, el Tribunal consideró que éste tampoco había sido vulnerado, declarando lo siguiente:

“[...] si la condena penal es conforme con la Constitución porque se ha enervado la presunción de inocencia en la forma constitucionalmente exigida, esto es, porque la condena penal se sustenta en pruebas suficientes sobre los elementos de la infracción penal y sobre la intervención de los acusados en ellos, difícilmente podrá afirmarse que no se han colmado las exigencias derivadas del derecho a no padecer discriminación por razón de actividad o afiliación sindical.” (FJ 7)

No obstante, el Tribunal puntualizó que si la Administración hubiera impuesto alguna sanción por los hechos acontecidos o un empresario hubiese despedido trabajadores en las condiciones que se dieron en el caso analizado, en esos casos “[...] las sospechas de actuación discriminatoria de aquéllos no serían tan fácilmente descartables”, produciéndose en esos casos la inversión de la carga de prueba. Así, en el presente caso, haciendo abstracción del carácter penal de la sanción y de que había sido impuesta por el Estado, correspondería a éste probar la existencia de razones objetivas para la selección. Sin embargo, en el caso analizado, como indicó el Tribunal:

“[...] quien impone la sanción es un tercero ajeno a la relación de prestación de servicios [...]. De modo que si se alega, como en el caso, discriminación –por razón de actividad sindical– y no se aporta prueba determinante de la misma, ni se aduce qué específica actuación selectiva realizó el órgano enjuiciador, no se puede concluir que se haya vulnerado el derecho a la no-discriminación por razón de su actividad sindical.” (FJ 7)

A continuación, el Tribunal pasó a analizar la posible lesión del derecho a la libertad de acción y afiliación sindical, tanto desde la perspectiva negativa del derecho a no padecer discriminación por razones sindicales, como desde la perspectiva del efecto que tiene en la afiliación y en la actividad sindical el hecho de que ante la existencia de una reunión a la que asistieron unos doscientos funcionarios se sancionara penalmente sólo a los afiliados. Según el Tribunal, dicha cuestión debía ana-

lizarse en relación con el principio de legalidad penal, desde una perspectiva global.

Al respecto, el Tribunal se refirió al derecho de reunión. Así, éste aclaró que no se podía sostener que el mantenimiento de la asamblea, tras ser comunicada la orden de desalojo, constituyera “[...] ejercicio legítimo del derecho de reunión de los funcionarios [...]”, pues, como indicó el Tribunal “[...] el derecho de reunión no comprende de forma absoluta e incondicionada el derecho a que ‘un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad’” (FJ 11).

En el caso analizado, el Tribunal declaró que el contexto en el que se había producido la reunión evidenciaba “[...] un marco temporal y objetivo de imbricada conexión de los hechos con el derecho de libertad sindical”. Según el Tribunal, ese dicho contexto debía guiar el examen de la vulneración alegada del derecho de legalidad penal. Dicho análisis, aclaró el Tribunal, debía efectuarse sin invadir esferas competenciales atribuidas a los tribunales ordinarios, de modo que no competía al Tribunal “[...] dirimir polémicas doctrinales o judiciales sobre la interpretación óptima de la norma aplicada, ni tampoco afirmar la existencia de interpretaciones alternativas más favorables a los acusados [...]”, sino únicamente “[...] limitarse a examinar si la interpretación realizada era una de las posibles [...]”. Por ello, como indicó el Tribunal, “[...] el análisis de esta vulneración ha de partir de la interpretación de la norma realizada por el órgano judicial que condenó a los recurrentes, y no de la efectuada por los demandantes de amparo o por el juzgado de instrucción que decidió la absolución de éstos” (FJ 13).

Entrando en la materia del caso analizado, el Tribunal indicó que:

“El órgano judicial, ante la alegación de discriminación por razón de afiliación y actividad sindical de los acusados, debe considerar también en la ponderación que efectúe que la sanción penal impuesta exclusivamente a los representantes sindicales y afiliados produce un resultado formalmente selectivo, ya que, en el caso, en los hechos probados constaba expresamente que en el Ayuntamiento de Valladolid estuvieron ‘un grupo numeroso de funcionarios [...] entre los que se encontraban’ los acusados, y no solamente éstos.” (FJ 14)

Sentado lo anterior, el Tribunal consideró que en el caso enjuiciado “[...] la Audiencia Provincial de Valladolid realizó la ponderación constitucionalmente requerida”. Según éste:

“[...] el órgano judicial tuvo en cuenta el contexto objetivo de negociación colectiva y actividad sindical al señalar que no parece que ‘una deliberación y toma de posición sobre el decreto que había firmado el alcalde, ordenando el desalojo de la casa consistorial sea propio de una negociación colectiva’, y al referirse a la falta de constancia de los requisitos legales de la reunión diciendo que ‘no consta en las actuaciones que la reunión en el salón de recepciones hubiese sido comunicada con la necesaria antelación al titular de la empresa, ni existe constancia de la previa existencia de un orden del día de la misma’. A ello añade: ‘El principio de proporcionalidad no puede prevalecer sobre el principio de legalidad, que constituye el eje en torno al cual gira el derecho penal; uno de cuyos principios es también el de intervención mínima, mas ello no puede condicionar una sentencia absolutoria, precisamente por el imperio del principio de legalidad cuando existen unos hechos que están tipificados por el legislador en el Código penal, y esto es lo que acaece en los hechos que nos ocupan, sancionados a raíz del Código penal de 1995 en el artículo 635 del Código penal.’” (FJ 14)

Por su parte, el Tribunal valoró también que la audiencia había considerado “[...] el eventual efecto discriminatorio, dado que argumentó que el resultado, esto es, la sanción penal impuesta

sólo a los representantes sindicales y afiliados a los sindicatos se debía a que eran los únicos que habían sido formalmente acusados, apelando, por tanto, a los límites del principio acusatorio”. (FJ 14)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que la subsunción de los hechos en el precepto penal no lesionaba el derecho fundamental a la legalidad penal, ni en sí mismo considerado ni en relación con los derechos de reunión en el ámbito laboral ni de libertad sindical de los recurrentes, desestimando el amparo solicitado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando que el derecho a las pruebas pertinentes para la defensa en cuanto derecho inseparable del derecho de defensa requiere que la inadmisión de la prueba haya producido una efectiva indefensión en el proponente, ver las siguientes sentencias: STC 116/1983, de 7 de diciembre (Aranzadi 1983/116) (FJ 3); STC 169/1996, de 15 de enero (Aranzadi 1996/169), (FJ 3); STC 165/2001, de 16 de julio (Aranzadi 2001/165), (FJ 2); STC 1/1996, de 15 de enero (Aranzadi 1996/1) (FJ 3), y STC 183/1999, de 11 de noviembre (Aranzadi 1999/183) (FJ 4).

Declarando que el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un “imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad”, ver las siguientes sentencias: STC 43/1982, de 6 de julio (Aranzadi 1982, 43) (FJ 2); STC 51/1985, de 10 de abril (Aranzadi 1985/51) (FJ 5), y STC 40/1989, de 16 de febrero (Aranzadi 1989/40) (FJ 4). Sobre el principio de igualdad contra ley, ver los siguientes autos: ATC 651/1985, de 2 de octubre (Aranzadi 1985/651 auto), y ATC 376/1996, de 16 de diciembre (Aranzadi 1996/376 auto). Declarando que cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurre con otros, ver las siguientes sentencias: STC 17/1984, de 7 de febrero (Aranzadi 1984/17) (FJ 2), y, en sentido similar, STC 157/1996, de 15 de octubre (Aranzadi 1996, 157) (FJ 4), y STC 27/2001, de 29 de enero (Aranzadi 2001/27) (FJ 7). Declarando que la no-imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, ver la siguiente sentencia: STC 157/1996, de 15 de octubre (FJ 4).

Sobre la necesaria inversión de la carga de la prueba ante la existencia de indicios de actuación discriminatoria por razón de afiliación o actividad sindical, ver las siguientes sentencias: STC 38/1981, de 23 de noviembre (Aranzadi 1981/38) (FJ 5); STC 202/1997, de 25 de noviembre (Aranzadi 1997/202) (FJ 4); STC 87/1998, de 21 de abril (Aranzadi 1997/87) (FJ 3); STC 214/2001, de 29 de octubre (Aranzadi 2001/214) (FJ 4), y STC 48/2002, de 25 de febrero (Aranzadi 2002, 48) (FJ 5 y ss.).

Declarando que el derecho de reunión no comprende de forma absoluta e incondicionada el derecho a que “un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan en un local de su titularidad”, ver la siguiente sentencia: STC 91/1983, de 7 de julio (Aranzadi 1983/91) (FJ 3).

Negando que competía al Tribunal Constitucional dirimir polémicas doctrinales o judiciales sobre la interpretación óptima de la norma aplicada, ni afirmar la existencia de interpretaciones alternativas más favorables a los acusados, ver la siguiente sentencia: STC 126/2001, de 4 de junio (Aranzadi 2001/126) (FJ 6).

Tribunal Constitucional. Internamiento en un centro de atención al menor por presuntos malos tratos de su padre. Procedimiento de *habeas corpus*. Derecho a la libertad personal

SUPUESTO DE HECHO

Un menor fue ingresado en un centro dependiente del Servicio de Atención del Menor de la Junta de Andalucía. Dicho ingreso venía motivado por la llamada de una profesora del colegio, la cual había observado que el menor presentaba signos de haber sido golpeado.

El padre del menor solicitó al juzgado de instrucción que se iniciara el procedimiento de *habeas corpus*, poniendo de manifiesto que el menor estaba ingresado en dicho centro desde hacía casi quince días, ingreso constitutivo, según el recurrente, de una detención ilegal.

El juez correspondiente inadmitió a trámite la solicitud, por considerarla improcedente. Entre otros razonamientos jurídicos, apeló a la posibilidad de denegar a trámite la solicitud por improcedente cuando no concurren los requisitos para su tramitación (artículo 6 de la Ley de *habeas corpus*). El juez consideraba que la detención era legal, al desprenderse de una actuación administrativa derivada de unos supuestos malos tratos inferidos por el solicitante. De modo que, según el juez, de estimarse la solicitud, se produciría el efecto indeseable de reintegrar al ofendido al núcleo familiar del que precisamente se le intentaba proteger y frente al cual se había adoptado la medida cautelar de privarlo temporalmente de la custodia de su hijo.

Tras la mencionada resolución desfavorable, el padre del menor interpuso un recurso de amparo, fundamentando su petición en la vulneración del derecho a la libertad personal del menor. El recurrente consideraba que la inadmisión implicaba que se había efectuado un juicio anticipado sobre la cuestión planteada por éste a favor de su hijo.

El ministerio fiscal presentó alegaciones interesando el otorgamiento del amparo y solicitando la anulación de la resolución impugnada. Éste se refirió a cierta doctrina constitucional que deslegitima los supuestos de inadmisión liminar “[...] en los cuales no exista una inconcurrencia manifiesta de los presupuestos procesales o de los requisitos formales para la solicitud de *habeas corpus*.”

El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal acotó el alcance del tema suscitado en el recurso de amparo, indicando que éste se limitaba a determinar, de un lado, los supuestos en los que no resultaba constitucionalmente aceptable el rechazo liminar de un procedimiento de *habeas corpus* y, más concretamente, si la inadmisión basada en la licitud de una situación de privación de libertad suponía una vulneración de los derechos aducidos; y, por otro lado, a verificar si el auto impugnado “[...] argumentó exclusivamente el rechazo liminar en ese motivo o se basó en otros que sean constitucionalmente legítimos”.

En cuanto al derecho eventualmente vulnerado, el Tribunal declaró lo siguiente: “[...] la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego este derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 de la CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, prevista en el artículo 17.4 de la CE, forma parte de la propia garantía.” (FJ 3)

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Recurso de amparo. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: 94/2003. Recurso de amparo 3386/2003

FECHA: 19 de mayo de 2003

PONENTE: D. Guillermo Jiménez Sánchez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 17.4 y 24.1 de la CE

DOCTRINA: Internamiento en un centro de atención al menor por presuntos malos tratos de su padre. Procedimiento de *habeas corpus*. Derecho a la libertad personal (FJ 3, 4, 5 y 6)

Sentado lo anterior, el Tribunal pasó a analizar el procedimiento de *habeas corpus*, del que dijo que “[...] aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad”, de modo que “es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo.” (FJ 3)

Siguiendo con el procedimiento de *habeas corpus* destacó la relevancia que en éste adquiere la distinción entre “[...] el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia”. Según el Tribunal, “[...] si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*” (FJ 3). Hay que decir que el Tribunal recalcó que para que procediera la inadmisión era necesario que existiera una privación de libertad.

En relación con las exigencias necesarias para que se diera una privación de libertad como presupuesto para la admisibilidad del *habeas corpus*, el Tribunal reiteró los requisitos ya señalados en ocasiones anteriores:

“Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas [...]” (FJ 3)

“Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el artículo 17.4 de la CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de *habeas corpus* contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente.”

En relación con el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que había quedado acreditado que “[...] el auto impugnado, no sólo ha fundamentado la inadmisión en consideraciones referidas a la legalidad de la situación del menor, sino también en que dicha situación no era calificable como privativa de libertad” (FJ 4).

Según el Tribunal, *a priori* lo anterior hubiera sido suficiente para la desestimación del recurso, al no haberse verificado “[...] el presupuesto fáctico de la vulneración aducida por el recurrente de que el auto impugnado motivara el rechazo liminar exclusivamente en la legalidad de la situación del menor” (FJ 5).

Sin embargo, el Tribunal consideró necesario entrar a valorar la procedencia de la corrección de la valoración judicial por dos razones:

“La primera, porque el pronunciamiento judicial no se limitó a constatar que fácticamente el menor no estaba privado de libertad [...] sino que realizó una valoración jurídica sobre el hecho

de que la situación fáctica de permanencia de M. I. P. en el centro de menores no implicaba jurídicamente una privación de libertad; calificación que no puede considerarse que sea de mera legalidad ordinaria en tanto que afecta a un derecho sustantivo como es el derecho a la libertad [...].

“La segunda, porque la mera constatación de que la situación no pudiera ser calificada como privativa de libertad, con independencia, incluso, de que ninguna mención a ello se hubiera hecho en el auto impugnado, impediría considerar que se ha vulnerado el artículo 17.4 de la CE, pues, en última instancia, si la garantía que contiene este precepto es instrumental respecto de los aspectos sustantivos del derecho a la libertad contemplados en el resto de los apartados del artículo 17, nunca podría considerarse que ha sido lesionada una garantía instrumental de un derecho sustantivo que ni siquiera estaba siendo afectado.” (FJ 5)

Así, según el Tribunal:

“En conclusión, debe analizarse la eventual corrección constitucional de la calificación jurídica realizada en el auto impugnado de que no es una situación privativa de libertad la permanencia en un centro de menores con motivo de un acogimiento cautelar.” (FJ 5)

Al respecto, el Tribunal consideró lo siguiente:

“[...] por lo que respecta al análisis de si esto supuso una alteración fáctica del *status libertatis* del menor, hay que destacar que [...] cuando el recurrente interpuso el recurso de *habeas corpus*, la situación de permanencia del menor en el centro no asumía ninguna connotación objetiva de afectación a su derecho a la libertad, ya que era una mera consecuencia necesaria e inherente al ejercicio del acogimiento cautelar por parte de la Junta de Andalucía. (FJ 6)

“[...] por lo que no resulta posible calificar la situación creada de privativa de libertad y, por tanto, considerarla objeto de control judicial a través del procedimiento de *habeas corpus*.” (FJ 6)

Sentado lo anterior, en relación con la posible vulneración del artículo 17.4 de la CE, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“Por tanto, en la medida en que la resolución judicial impugnada inadmitió liminarmente el *habeas corpus* fundamentándose, entre otros motivos, en que la situación del menor no era de privación de libertad, y verificado que dicha situación no impli-

caba la afectación del derecho del menor a la libertad por parte de la Administración pública, sino el ejercicio por parte de ésta de obligaciones derivadas de la asunción de la tutela cautelar, no cabe apreciar que exista la vulneración del artículo 17.4 de la CE aducida por el recurrente, por lo cual debe denegarse el amparo solicitado.” (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal denegó el amparo solicitado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el objeto de protección del artículo 17.4, ver la siguiente sentencia: STC 44/1991, de 25 de febrero (Aranzadi 1991/44).

Sobre la necesidad de que el control judicial de las privaciones de libertad sea plenamente efectivo, implicando en caso contrario un menoscabo en la eficacia del derecho a la libertad, ver las siguientes sentencias: STC 224/2002, de 25 de noviembre (Aranzadi 2002/224) (FJ 5); STC 288/2000, de 27 de noviembre (Aranzadi 2000/288) (FJ 6), y STC 287/2000, de 27 de noviembre (Aranzadi 2000/287).

Declarando que no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus* si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, ver las siguientes sentencias: STC 224/2002, de 25 de noviembre (Aranzadi 2002/224) (FJ 5); STC 288/2000, de 27 de noviembre (Aranzadi 2000/288) (FJ 6), y STC 209/2000, de 24 de julio (Aranzadi 2000/209) (FJ 5). Exigiendo la existencia de privación de libertad como requisito para la incoación del procedimiento de *habeas corpus*, ver la siguiente sentencia: STC 179/2000, de 26 de junio (Aranzadi 2000/179) (FJ 5). Declarando que el contenido del *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de una privación de libertad, ver las siguientes sentencias: STC 224/2002, de 25 de noviembre (Aranzadi 2002/224) (FJ 5); STC 288/2000, de 27 de noviembre (Aranzadi 2000/288) (FJ 6); STC 233/2000, de 2 de octubre (Aranzadi 2000/233) (FJ 5); STC 209/2000, de 24 de julio (Aranzadi 2000/209) (FJ 5), y 208/2000, de 24 de julio (Aranzadi 2000/208) (FJ 5).

En supuestos similares, ver las siguientes sentencias: STC 62/1995, de 29 de marzo (Aranzadi 1995/62) (FJ 4); STC 26/1995, de 6 de febrero (Aranzadi 1995/26) (FJ 5), y STC 61/1995, de 19 de marzo (Aranzadi 1995/61).

Tribunal Constitucional. Falta de emplazamiento a la comunidad de propietarios de un inmueble en el procedimiento judicial relativo a una actividad sita en el mismo. Tutela judicial efectiva. Deber de emplazamiento de los interesados

SUPUESTO DE HECHO

G. G. S. presentó ante el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz una solicitud de licencia de actividad para una discoteca. En el expediente incoado intervino una comunidad de propietarios, que se oponía al otorgamiento de la licencia. La licencia fue denegada. Contra dicho acuerdo, G. G. S. interpuso un recurso contencioso-administrativo, recurso que fue estimado por la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 1999.

La comunidad de propietarios promovió un incidente de nulidad de actuaciones en relación con dicha sentencia, alegando que no había sido emplazada a comparecer en el recurso contencioso-administrativo, pese a tener la condición de interesada por la afectación que le producía el otorgamiento de la licencia y por su intervención en el expediente administrativo previo. La comunidad de propietarios afirmaba haber tenido conocimiento de que la resolución administrativa había sido impugnada y anulada al acudir al ayuntamiento para impugnar un nuevo intento de obtención de licencia.

El órgano judicial correspondiente desestimó la solicitud de nulidad, al considerar que la falta de emplazamiento no conllevaba una indefensión material al no haber producido un menos-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Recurso de amparo. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: 102/2003. Recurso de amparo 3734/2000

FECHA: 2 de junio de 2003

PONENTE: D.^a Elisa Pérez Vera

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE, y artículo 49.1 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ)

DOCTRINA: Falta de emplazamiento a la comunidad de propietarios de un inmueble en el procedimiento judicial relativo a una actividad sita en el mismo. Tutela judicial efectiva. Deber de emplazamiento de los interesados (FJ 2 y 3)

cabo, una limitación, una privación o una negación del derecho de defensa de los demandantes (artículo 49.1 de la LJ).

Contra la resolución anterior, la comunidad de propietarios interpuso un recurso de amparo, por entender que vulneraba su derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24).

El ministerio fiscal interesó que se dictara sentencia otorgando el amparo solicitado, al no quedar acreditado ningún conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso contencioso-administrativo.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo, declarando vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, acordando el restablecimiento en el citado derecho y, a tal fin, anulando las resoluciones causantes de la lesión, retro trayendo las actuaciones al momento procesal en que debió ser emplazada personalmente la demandante de amparo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Constitucional se refirió a la importancia del deber de emplazamiento, reiterando lo afirmado en anteriores ocasiones:

"[...] la efectividad de la comunicación de los actos procesales a quienes ostenten algún derecho o interés en la existencia misma del proceso resulta trascendental en orden a la debida garantía del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE [...]" (FJ 2)

Por ello, según el Tribunal:

"[...] pesa sobre los órganos judiciales la responsabilidad de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal sin que, claro está, ello signifique exigir al juez o tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora, lo que llevaría más bien a la indebida restricción de los derechos de defensa de los personados en el proceso." (FJ 2)

A continuación, el Tribunal recordó la doctrina que éste ha ido acuñando acerca de los requisitos para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional. Los requisitos son los siguientes:

"a) Que el demandante de amparo sea titular de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afección en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, lo que determina su condición material de demandado o coadyuvante en aquel proceso. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida." (FJ 2)

"b) Que el interesado fuera identificable por el órgano jurisdiccional." (FJ 2)

"Por último, que se haya ocasionado al recurrente una situación de indefensión real y efectiva. No hay indefensión real y efectiva cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa. A la conclusión del conocimiento extraprocesal de un proceso se debe llegar mediante una prueba suficiente [...]" (FJ 2)

Analizando las circunstancias del caso, el Tribunal consideró que se había producido un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa del recurrente, "[...] puesto que la falta de emplazamiento le impidió defender sus intereses en el procedimiento contencioso-administrativo, y la ausencia de notificación de la sentencia le cerró la posibilidad de recurrirla" (FJ 2).

El Tribunal no estuvo de acuerdo con lo sostenido por el órgano de instancia acerca de que no se había producido indefensión material por no haber actuado la comunidad actora con la diligencia debida, al no acudir al ayuntamiento para interesarse por la situación del asunto. Al respecto, el Tribunal reiteró el criterio sostenido en anteriores ocasiones acerca del conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada, indicando que:

"[...] el conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada supuestamente sin conocimiento del interesado, que vaciaría de contenido constitucional su queja, no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas,

sino que debe acreditarse suficientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega [...]; afirmaciones compatibles con que [...] del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonada que tuvo o hubo de haber tenido un conocimiento extraprocesal de la pendencia del litigio o que no podía ignorar su existencia [...]" (FJ 3)

Entrando en el caso analizado, el Tribunal constató que:

"[las] actuaciones no muestran dato alguno que permita deducir de manera suficiente y razonada la carencia o insuficiencia de diligencia por parte de la demandante de amparo para conocer extraprocesalmente la existencia del procedimiento en el que se discutía la legalidad de una solicitud de licencia a cuyo otorgamiento se había opuesto en vía administrativa. Es más, como señala con acierto el ministerio fiscal, la conclusión a la que llegó el juzgado en el auto impugnado no resulta razonable, pues el hecho de que la comunidad tuviera conocimiento del procedimiento y no se personara actuando en defensa de sus intereses no es coherente con la actitud activa que había mantenido hasta ese momento." (FJ 3)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que se había vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, con el consiguiente otorgamiento del amparo solicitado, acordando lo expuesto en el apartado anterior.

En este mismo número, sobre el deber de emplazamiento de los interesados, ver la siguiente sentencia: STEDH de 15 de octubre de 2002.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta sin indefensión por falta de emplazamiento de los interesados en el proceso contencioso-administrativo, ver la siguiente sentencia: STC 300/2000 (Aranzadi 2000/300).

En relación con el deber de emplazamiento, reconociendo la trascendencia de la efectividad de la comunicación de los actos procesales para la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, ver las siguientes sentencias: STC 186/1997, de 10 de noviembre (Aranzadi 1997/186) (FJ 3), y 34/2001, de 12 de febrero (Aranzadi 2001/34) (FJ 2). Sobre el deber de los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, ver la siguiente sentencia: STC 268/2000, de 13 de noviembre (Aranzadi 2000, 268) (FJ 4).

Sobre los requisitos para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional, ver las siguientes sentencias, exigiendo al recurrente de amparo la titularidad de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afección en el proceso: STC 97/1991, de 9 de mayo (Aranzadi 1991/97) (FJ 2); STC 264/1994, de 3 de octubre (Aranzadi 1994/264) (FJ 3); STC 65/1994, de 28 de febrero (Aranzadi 1994/65) (FJ 3), y STC 122/1998, de 15 de junio (Aranzadi 1998/122) (FJ 3). Exigiendo que el interesado fuera identificable por el órgano jurisdiccional: STC 325/1993, de 8 de noviembre (Aranzadi 1993/325) (FJ 3); STC 229/1997, de 16 de diciembre (Aranzadi 1997/229) (FJ 2), y STC 300/2000 (Aranzadi 2000/300) (FJ 2). Exigiendo que se haya ocasionado al recurrente una situación de indefensión real y efectiva: STC 117/1983, de 12 de diciembre (Aranzadi 1983/117) (FJ 3); STC 229/1997, de 12 de diciembre (Aranzadi 1997/229) (FJ 3); STC 151/1988, de 13 de julio (Aranzadi 1988/151) (FJ 4), y STC 26/1999, de 8 de marzo (Aranzadi 1999/26) (FJ 5), entre otras.

Sobre el conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada, ver las siguientes sentencias: STC 219/1999, de 29 de noviembre (Aranzadi 1999/219) (FJ 2); STC 268/2000, de 13 de noviembre (Aranzadi 2000/268) (FJ 4); STC 34/2001, de 12 de febrero (Aranzadi 2001, 34) (FJ 2); STC 26/1999, de 8 de marzo (Aranzadi 1999/26) (FJ 5), y STC 20/2000, de 31 de enero (Aranzadi 2000, 20) (FJ 5).

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Inexistencia de citación a terceras personas interesadas a comparecer en un procedimiento judicial relativo a la convocatoria de un concurso. Derecho a la tutela judicial efectiva. Conocimiento extraprocesal del proceso judicial. Deber de notificación

SUPUESTO DE HECHO

El 31 de diciembre de 1991, se publicó un anuncio en el *Boletín Oficial de Andalucía* en el que se convocaba el concurso para cubrir 2.014 plazas de catedráticos de enseñanza secundaria. En febrero de 1993, la Consejería de Educación y Ciencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía ("la Consejería") publicó una lista provisional de los aspirantes seleccionados al concurso. La lista definitiva de los aspirantes seleccionados para participar en el concurso fue publicada a finales de marzo de 1993, figurando M entre los 4.901 aspirantes seleccionados.

En diciembre de 1993, la Consejería publicó la evaluación y el número de puntos concedidos a cada uno de los aspirantes en función de los baremos de selección establecidos para la posible presentación de reclamaciones.

En enero de 1994, más de trescientos aspirantes impugnaron el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. En el marco de dicho proceso contencioso-administrativo, el Tribunal solicitó a la Consejería la lista de seleccionados para el concurso, la remisión del expediente y el emplazamiento personal de los interesados con el fin de que acudieran al proceso. El informe que presentó la Consejería no incluía a los terceros interesados con el fin de convocarlos.

Finalmente, el Tribunal anuló el proceso del concurso para la adquisición de la condición de catedrático de geografía e historia y ordenó que fuera evaluado nuevamente dicho concurso sin tener en cuenta el baremo de méritos en litigio.

Tras procederse a una nueva evaluación de los aspirantes, M no alcanzó el nivel exigido y fue inadmitida, siendo anulada su plaza de catedrática.

Contra la sentencia por la que se anulaba el proceso del concurso, M presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración del artículo 24 de la CE. Ésta, que no había tenido conocimiento de los recursos presentados hasta después de que fuera dictada sentencia, se quejaba del carácter injusto del procedimiento, alegando que la falta de emplazamiento había dado lugar a la anulación de su nombramiento como catedrática. Consideraba que el Tribunal debería haberla informado de la existencia del proceso en litigio y citarla a comparecer. Asimismo, la recurrente solicitó la suspensión de la mencionada sentencia.

El ministerio fiscal interesó la estimación del recurso por entender que "[...] la omisión de emplazamiento personal [era] constitutiva de una violación del derecho a la protección jurídica efectiva".

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso.

Tras ello, M acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), invocando la violación del artículo 6.1 del Convenio, que contempla el derecho al acceso a un tribunal.

El TEDH consideró que no había habido violación del precepto invocado, si bien con el voto desfavorable de dos jueces, que formularon un voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal constató la existencia de una divergencia en la interpretación del derecho interno por los particulares, en concreto, acerca del artículo 64 de la LJ. Al respecto, aclaró que:

"[...] corresponde, en primer lugar, a las autoridades nacionales y, principalmente, a los tribunales interpretar las reglas de naturaleza procesal tales como los plazos fijados para la presentación de documentos o recursos [...]. Por otro lado, la regulación relativa a las formalidades y a los plazos a respetar para presentar un recurso trata de asegurar la buena administración de la justicia y el res-

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Asunto Cañete de Goñi contra España. Demanda 55782/2000

FECHA: 15 de octubre de 2002

PONENTE: Juez V. Skouris

VOTO PARTICULAR: Juez Casadevall. Se une a él la juez Straznická

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE; artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el Convenio), y artículo 64 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

DOCTRINA: Inexistencia de citación a terceras personas interesadas a comparecer en un procedimiento judicial relativo a la convocatoria de un concurso. Derecho a la tutela judicial efectiva. Conocimiento extraprocesal del proceso judicial. Deber de notificación (FJ 36, 37, 41 y 42)

peto, en particular, del principio de la seguridad jurídica. Los interesados cuentan con que estas reglas sean aplicadas." (FJ 36)

En cuanto a la tarea que en ese caso correspondía al TEDH, éste indicó lo siguiente:

"[...] la tarea del Tribunal consiste en decir si, en el caso presente, la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional del artículo 64 de la Ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa ha vulnerado el derecho de acceso a un tribunal de la demandante garantizado por el artículo 6.1." (FJ 37)

Procediendo a dicho análisis, el TEDH concluyó lo que sigue:

"[...] para rechazar la demanda de amparo de la recurrente, el Tribunal Constitucional se apoyó en su jurisprudencia constante relativa a las condiciones para que la falta de emplazamiento personal sea constitutiva en materia contencioso-administrativa de una violación del derecho de acceso a un tribunal. Publicada y accesible, esta jurisprudencia completa el artículo 64 de la Ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa [...]. Esta jurisprudencia era suficientemente precisa como para permitir a la demandante, aconsejada por abogados conocedores de la materia, establecer su conducta. Al respecto, el Tribunal puede comprender el enfoque pragmático seguido por el Tribunal Constitucional en materia de notificación de actas procesales cuando, como en este caso, un tribunal se encuentra frente a múltiples recursos relativos al mismo proceso administrativo y que afectan a un elevado número de personas." (FJ 41)

Por tanto, el Tribunal consideró que la interpretación de la ley interna efectuada por el Tribunal Constitucional "[...] no parece arbitraria o que afecte en su propia sustancia al derecho de acceso a un tribunal de la demandante" (FJ 42), y, por tanto, no se había producido una vulneración del artículo 6.1 del Convenio.

VOTO PARTICULAR

El juez Casadevall formuló un voto particular, al que se añadió la Sra. Straznická, por considerar que sí se había producido una violación del artículo 6.1 del Convenio.

El juez mencionado no estaba de acuerdo con el planteamiento del TEDH, que había seguido el argumento del Gobierno, basado en la interpretación jurisprudencial del artículo 64 de la LJ hecha

por el Tribunal Constitucional, indicando [el TEDH] que “[...] era razonable suponer que la demandante había tenido conocimiento extraprocésal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se personó en la causa”, haciendo referencia igualmente al elevado número de personas afectadas por los recursos.

Según el juez, cuya argumentación giraba entorno al principio de seguridad jurídica, la exigencia de la norma procesal era clara y su incumplimiento por los órganos judiciales no podía repercutir en los interesados.

Al respecto, el juez indicó lo siguiente:

“Las reglas procesales son de *ius cogens*: dependen del orden público y los justiciables esperan que dichas reglas sean respetadas y aplicadas. En este caso, el artículo 64 de la Ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa no es ambigua, es clara y precisa y no tiene ninguna necesidad —en mi opinión—, de interpretación: ‘La decisión [...] será notificada inmediatamente a todas las personas interesadas en el expediente en litigio, y serán citadas a comparecer en el proceso en un plazo de nueve días [...]’. En cualquier caso, la cuestión, que depende del principio de la seguridad jurídica, no se trata de un simple problema de interpretación de la legalidad ordinaria, sino de la interpretación poco razonable de una exigencia procesal que impidió a la demandante ejercer su derecho de acceso a un tribunal y poder defender sus derechos legítimos.”

Sentado lo anterior, y acerca de la falta de notificación y el conocimiento extraprocésal del proceso, el Tribunal declaró que:

“Veo mal cómo se puede imputar una negligencia al justiciable (que no ha recibido la notificación de una decisión que afecta directamente a sus intereses y que no ha sido citada a comparecer en el proceso) ignorando al mismo tiempo la negligencia de las autoridades judiciales y administrativas. En este caso, el Tribunal Superior de Andalucía solicitó a la Consejería de Educación y Ciencia la lista de aspirantes al concurso, la transmisión del expediente administrativo y el requerimiento de terceras personas interesadas con el fin de que comparecieran en el proceso. La conse-

jería no presentó la lista de terceras personas, el Tribunal no se preocupó de ello y los interesados no fueron convocados. El argumento del Gobierno basado en el hecho de que la notificación personal a todas las personas interesadas habría supuesto el envío de cientos de notificaciones, no me parece pertinente. Tratándose de la recaudación de impuestos o de sanciones en la materia, la administración no tiene ninguna dificultad para enviar miles, o decenas de miles, de notificaciones. En mi opinión, no es aceptable pensar que informaciones publicadas en la prensa se consideren conocimiento extraprocésal y puedan dispensar del respeto de una regla de derecho procesal que depende del orden público, tal es la convocatoria a un proceso en tanto que parte interesada.”

Finalmente, el juez afirmó lo siguiente:

“Tanto los justiciables como los tribunales deben conocer y respetar las reglas procesales. Cuando esto afecta a los plazos para actuar o a los plazos para presentar un recurso; la administración de la justicia aplica las reglas procesales previstas en los textos sin flexibilidad alguna. El rigor exigido por el principio de la seguridad jurídica debe ser estrictamente impuesto y respetado en los dos sentidos.”

Por lo expuesto el juez consideraba que el TEDH debería haber apreciado la existencia de una vulneración del artículo 6.1 del Convenio.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el papel de las autoridades nacionales de intérprete de las reglas de naturaleza procesal del Derecho interno, ver la siguiente sentencia: Sentencia Tejedor García contra España de 16 de diciembre de 1997 (TEDH 1997/1), Repertorio de sentencias y decisiones 1997-VIII, página 2796, apartado 31).

Sobre el derecho de acción, ver la siguiente sentencia: Sentencia Miragall Escolano y otros contra España (TEDH 2000/11), núm. 38366/1997 y otros, apartado 37 CEDH-200-I.

En este mismo número, sobre el deber de emplazamiento de los interesados, ver la siguiente sentencia: STS de 22 de octubre de 2002.

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Incumplimiento por el ordenamiento jurídico español de una directiva comunitaria. Entidades adjudicadoras. Organismos de Derecho público

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas con el objeto de que se declarase si el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, modificada por la Directiva 92/50/CEE, del Consejo (la Directiva), al no haber adoptado éste las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto a los artículos 1 y 2 de la misma.

El Tribunal estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal estimó las alegaciones de la Comisión en relación con la adaptación del Derecho interno en lo relativo al ámbito de aplicación personal de la Directiva y en relación con las medidas provisionales previstas por la misma, desestimándolo en lo que respecta a la adaptación a su ámbito de aplicación personal.

Sobre la adaptación al Derecho interno en lo relativo al ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665

La Comisión consideraba que, como quiera que los estados miembros están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en las directivas comunitarias, las autoridades españolas están obligadas a dar a la expresión “organismos de Derecho público”, empleada en las directivas 92/50,

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Sexta. Asunto C-214/00. Procedimiento de recurso en materia de contratos públicos. Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España

FECHA: 15 de mayo de 2002

PONENTE: Sr. V. Skouris

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; artículos 107 y 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y 25, apartado 1, y artículos 129 a 136 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ)

DOCTRINA: Incumplimiento por el ordenamiento jurídico español de una directiva comunitaria. Entidades adjudicadoras. Organismos de Derecho público (FJ 48, 52, 55, 60, 78, 80, 99, 100 y 102)

93/36 y 93/37, el sentido que tiene en el Derecho comunitario. Según la Comisión, aunque el artículo 1 de la Ley 13/1995 reprodujera casi literalmente las disposiciones correspondientes a las directivas mencionadas, contenía una diferencia sustancial, cual era la exclusión del ámbito de aplicación de la ley de las entidades de Derecho privado. La norma nacional añadía un requisito previo relativo a la forma de constitución de las entidades no previsto en la legislación comunitaria: que la entidad sea de Derecho público. Según la Comisión, la exclusión infringía las disposiciones de las directivas mencionadas relativas a su ámbito de aplicación, así como las disposiciones de la Directiva 89/665, "[...] en la medida que impide la aplicación de las garantías procesales previstas por ésta". De ello la Comisión concluía que el ordenamiento jurídico español no se había adaptado correctamente a la Directiva 89/665, por cuanto "[...] no garantiza, para todo el ámbito de aplicación personal de dicha directiva, los recursos previstos por ella".

Al respecto, el Tribunal indicó que:

"[...] para determinar si esta exclusión constituye una adaptación correcta del Derecho interno al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, es necesario comprobar si el concepto de 'entidad adjudicadora' que figura en esta disposición se refiere únicamente a los organismos que se rigen por el Derecho público, como sostiene el Gobierno español, o si los organismos que tengan estatuto de Derecho privado pueden también estar comprendidos dentro de este concepto." (FJ 48)

Dicho lo anterior, recordó los requisitos que según el artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37 debe cumplir una entidad para ser calificada de "organismo de Derecho público", a saber:

"[...] debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público." (FJ 52)

Por su parte el Tribunal indicó que:

"De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665." (FJ 55)

Sentado lo anterior el Tribunal concluyó que:

"Por tanto, se deduce de lo anterior que, en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos no incorpora correctamente el concepto de 'entidad adjudicadora' que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37." (FJ 60)

En consecuencia, el Tribunal estimó la primera imputación de la Comisión.

Sobre la adaptación al Derecho interno en lo relativo al ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665

La Comisión consideraba que el ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665 se había reducido indebidamente por los artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25, apartado 1, de la Ley 29/1998, por cuanto las disposiciones españolas en materia de recursos excluyen la posibilidad de recurrir contra determinadas decisiones ilegales adoptadas por las entidades adjudicadoras. La Comisión consideraba que las disposiciones mencionadas limitaban la posibilidad de recurrir contra los actos de trámite (actos que no ponen fin a un procedimiento administrativo).

Como se ha adelantado, el Tribunal no estuvo de acuerdo con el planteamiento de la Comisión. En primer lugar, negó que la

Directiva estableciera excepción alguna al respecto.

En relación con los procedimientos de recurso de la Directiva, el Tribunal indicó lo siguiente:

"Según se desprende del artículo 1, apartados 1 y 3, de dicha directiva, los procedimientos de recurso a que ésta se refiere deben ser, por una parte, eficaces y lo más rápidos posible y, por otra, accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción." (FJ 78)

Refiriéndose a la regulación por la normativa española en la materia, éste declaró que:

"[...] la normativa española garantiza a los interesados la posibilidad de recurrir no sólo contra los actos definitivos sino también contra los actos de trámite, siempre que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o que produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos." (FJ 79)

Asimismo, el Tribunal hizo la siguiente observación:

"Por otro lado, la Comisión no ha acreditado que esta normativa no garantice una tutela judicial adecuada de los particulares perjudicados por infracciones de las normas pertinentes del Derecho comunitario o de las normas nacionales que adapten el ordenamiento jurídico interno a dicho Derecho." (FJ 80)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que procedía desestimar la segunda imputación de la Comisión.

Sobre la adaptación al Derecho interno en lo relativo al régimen de medidas provisionales previsto por la Directiva 89/665

Finalmente, la Comisión consideraba que las disposiciones nacionales (artículos 111 de la LRJPAC y 129 a 136 de la LJ) que adaptaban el Derecho interno español al artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665 no garantizaban la existencia de un procedimiento de urgencia, independiente de la interposición del recurso, que tuviera por objeto suspender el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos o la ejecución de cualquier decisión adoptada por las entidades adjudicadoras.

En este caso, el Tribunal estimó la imputación de la Comisión. Al respecto, declaró que:

"[...] si bien la normativa española establece la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de carácter positivo, no cabe considerar que constituya un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras, dado que exige por regla general la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo como condición para la adopción de una medida provisional contra una decisión de la entidad adjudicadora." (FJ 99)

"Esta apreciación no queda desvirtuada por el hecho de que, en el marco de la suspensión en vía judicial, el recurso pueda interponerse mediante un simple escrito y que la demanda pueda formalizarse con posterioridad a la solicitud de la medida cautelar, dado que la exigencia de que se cumpla previamente una formalidad de este tipo tampoco puede considerarse compatible con las prescripciones de la Directiva 89/665 [...]" (FJ 100)

Como se ha indicado, el Tribunal estimó la imputación, por entender que el Reino de España había incumplido sus obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/665, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Directiva, y, en particular:

"[...] al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carác-

ter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.” (FJ 102)

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público relacionado con la gestión administrativa. Derecho a participar en asuntos públicos

SUPUESTO DE HECHO

Siete concejales del Ayuntamiento de Valencina de la Concepción, integrantes de tres grupos municipales, formalizaron una moción de censura contra el alcalde-presidente, convocándose sesión extraordinaria a celebrar por el Pleno para tratar dicho punto. Antes de la fecha prevista para ello, el alcalde-presidente del ayuntamiento solicitó a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla una copia de la sentencia por la que se condenaba a uno de los concejales mencionados a la pena de inhabilitación especial para cargo público con el fin de delimitar cómo afectaba dicha sentencia al ejercicio del cargo público que el concejal ostentaba en el ayuntamiento. Expedido el testimonio de dicha sentencia, se expresaba que la pena de inhabilitación hacía siete meses que había quedado extinguida.

Al mencionado concejal se le había impuesto la pena indicada por infracción de normas sobre incompatibilidad por haber prestado servicios jurídicos con ánimo de lucro a una persona de cuyo caso había tenido conocimiento por su puesto de funcionario en la Delegación Provincial en Sevilla de la Consejería de Obras Públicas y Transportes. En concreto, los hechos fueron calificados como un delito previsto y penado en el artículo 198 del Código penal.

El alcalde elevó un escrito a la Audiencia Provincial por el que, apreciando manifiesta incongruencia entre la tipificación penal en concepto de autor imputada al concejal y la pena impuesta en el fallo de la sentencia, solicitaba aclaración sobre si había existido error material en la transcripción de la misma, por cuanto la norma no infería la posibilidad de la aplicación de la pena de inhabilitación especial ni tampoco la duración de la misma. La Audiencia respondió que no había lugar a la aclaración, habiéndosele hecho entrega de un testimonio de la sentencia en la que constaba la firmeza de la misma y la extinción de la pena impuesta. Tras ello el alcalde solicitó al presidente de la Audiencia Provincial que le indicara el alcance de la condena de inhabilitación, en cuanto si la misma conllevaba la dimisión del cargo de concejal, o bien no le afectaba. La Audiencia resolvió que no había lugar a la aclaración solicitada por cuanto la condena había sido extinguida.

Finalmente, el alcalde ordenó al mencionado concejal que se abstuviera de intervenir en las deliberaciones y votaciones, impidiéndole el acceso al salón de plenos.

Contra dicho acuerdo, el concejal indicado interpuso junto con otros concejales un recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recur-

Por lo expuesto, el Tribunal acordó estimar parcialmente el recurso interpuesto, condenando a la comisión a cargar con un tercio de las costas y al Reino de España a cargar con dos tercios.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los requisitos que debe cumplir una entidad para ser calificada de organismo de Derecho público, ver la siguiente sentencia: STJCEE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartados 20 y 21.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 9938/1998

FECHA: 22 de octubre de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Juan José González Rivas

DEMANDANTES: Concejales

DEMANDADO: Ayuntamiento de Valencina de la Concepción

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23 de la CE; artículo 36 del Código penal de 1973, y artículo 42 del Código penal de 1995

DOCTRINA: Inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público relacionado con la gestión administrativa. Derecho a participar en asuntos públicos (FJ 2, 4, 5 y 7)

so, anulando los actos recurridos y reconociendo la situación jurídica vulnerada, con condena de costas al ayuntamiento.

Contra dicha resolución, el ayuntamiento interpuso un recurso de casación, recurso que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Una de las alegaciones del recurrente se refería a la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa al haberse estimado el recurso interpuesto por el concejal, por considerar que la resolución judicial recurrida se basaba en una cuestión no alegada en el proceso, en concreto la supuesta no-afectación de la pena de inhabilitación especial impuesta a dicho concejal, al ejercicio de dicho cargo, por entender que no estaba comprendido entre los que la sentencia penal señaló como objeto de inhabilitación.

El Tribunal no estimó dicho motivo por considerar que no quedaba acreditada la vulneración de los derechos invocados.

El Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que “[...] determina la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en orden a la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, con las consecuencias que en el ámbito contencioso-administrativo pudieran tener”, indicando que en el presente caso no se apreciaba una aplicación defec-

tuosa de la ley penal que implicara la vulneración del artículo 23 de la CE, “[...] puesto que la interpretación y aplicación por el juez ordinario hecha de la norma penal, es perfectamente coherente con el alcance de la misma” (FJ 2).

En segundo lugar, el recurrente alegaba la vulneración del artículo 80 de la LJ de 1956, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Al respecto, el Tribunal negó que se hubiera producido un vicio de incongruencia, recordando el alcance y contenido del principio de congruencia. Acerca de la incongruencia, el Tribunal indicó que se distinguen dos tipos:

“a) La incongruencia omisiva, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación puede inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución.

“b) La incongruencia *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar alegaciones pertinentes en defensa de los intereses relacionados con lo decidido, provocando la indefensión y vulnerándose el principio de contradicción.” (FJ 4)

En relación con el caso estudiado, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] si examinamos lo instado por la parte en el recurso contencioso-administrativo y en la demanda y lo resuelto por la sentencia impugnada no se observa falta de correlación generadora de la aludida vulneración causante del motivo, pues [...] la sentencia dictada por la Sala de Andalucía, con sede en Sevilla, estima el recurso planteado [...] y anula dichos actos por no ser conforme al ordenamiento jurídico, con declaración del reconocimiento de la situación jurídica vulnerada, por lo que no se observa falta de correlación, extralimitación o incongruencia por exceso que es el motivo alegado como fundamento de la impugnación.” (FJ 4)

El recurrente también fundamentaba el recurso en la defectuosa interpretación llevada a cabo por la sentencia recurrida, en relación con el alcance y contenido de la inhabilitación. En dicha sentencia se había llegado a la conclusión de que la pena de inhabilitación especial para el cargo público relacionado con la gestión administrativa, no podía entenderse que alcanzara al cargo de concejal que ostentaba el recurrente en el Ayuntamiento de Valencia de la Concepción. Sobre dicha cuestión, el Tribunal recordó su jurisprudencia al respecto. En numerosas sentencias, el Tribunal había declarado lo siguiente:

“[...] la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación no constituye ni una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del artículo 37.1.d) del Texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que viene a disponer que la condición de funcionario se pierde como consecuencia de la condena a una pena, principal o accesoria, de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, lo que es coherente con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública exigido en el artículo 30.1.e) de aquella ley estatal consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, de modo que, apoyándonos en la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 1991, la pena de inhabilitación especial actúa, respecto de la subsistencia de la relación funcional, a modo de condición resolutoria que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la ley, que es la imposición de la sanción penal, insistiendo

dicha sentencia de esta sala que la resolución impugnada en la instancia no tiene carácter sancionador.” (FJ 5)

En otra ocasión, en relación con la inhabilitación, el Tribunal había declarado lo siguiente:

“a) La inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión priva al penado de la facultad de ejercerla durante el tiempo de la condena (artículo 45 Código penal vigente). b) Dicha profesión está conectada con el oficio en cuyo ámbito se comete el delito. c) La finalidad de la pena es el apartamiento temporal del penado en el ejercicio de las actividades en que se cometió el delito, que actúa en un doble sentido, como sanción individual y como mecanismo de protección social.” (FJ 5)

A continuación, se refirió al alcance del artículo 23 de la CE. A tal efecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional [...] la lectura del artículo 23, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución y los artículos 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, acredita que el derecho de acceso a cargos públicos que regula el artículo 23.2 interpretado en conexión con el artículo 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a cargos públicos de representación política que son los que corresponden al Estado y a los entes en que éste se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución, es decir, a las comunidades autónomas, municipios y provincias [...]” (FJ 7)

Sin embargo, el Tribunal puntualizó que en el caso estudiado:

“[...] la sentencia recurrida razona adecuadamente el alcance y contenido de la sentencia penal de la que trae causa, puesto que diferencia claramente la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial, por cuanto el efecto de la primera es ilimitado, se extiende a la privación de todos los honores, empleos y cargos públicos, proyecta sus efectos expansivos sobre la privación del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y termina por abarcar la incapacidad para acceder a los honores, cargos y derechos mencionados.” (FJ 7)

Por su parte, la pena de inhabilitación especial:

“[...] limita sus efectos a los cargos públicos sobre los que específicamente recae la pena y los honores anejos, privando al condenado de la posibilidad de desempeñarlo mientras dure la condena impuesta.” (FJ 7)

Ello permitía deducir al Tribunal que:

“[...] existiendo una sustancial diferencia de la naturaleza de la condición de concejal con respecto a los cargos o empleos de funcionarios públicos que tienen encomendada la tramitación de expedientes o la llevanza de la gestión administrativa, se concluye, con buen criterio, en una interpretación no amplia de la parte dispositiva de la sentencia penal en el sentido de que los actos impugnados suponían objetivamente una indebida ampliación del contenido del fallo penal, que era vulnerador del derecho fundamental prevenido en el artículo 23.2 de la Constitución y ésta es la interpretación más coherente que procede mantener.” (FJ 7)

A la vista de lo anterior, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“[...] la interpretación llevada a cabo por la sentencia recurrida es perfectamente coherente con el ordenamiento jurídico, no implica vulneración del artículo 23.1 de la Constitución ni del 36 del Código penal de 1973 (hoy artículo 42 del nuevo Código penal), la inhabilitación especial implica la privación del empleo o cargo durante el tiempo de condena que para profesión u oficio priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de condena, pero no se hace en este caso extensiva a la representación política que en uso de las facultades prevenidas en el artículo 23.1 garantiza la Constitución.”

En consecuencia, el Tribunal declaró que no había lugar a la estimación del recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la competencia de la jurisdicción penal en la interpretación y aplicación de la legislación vigente, ver las siguientes sentencias: STC 16/1981 (Aranzadi 1981/16); STC 89/1983 (Aranzadi 1983/89); STC 105/1983 (Aranzadi 1983/105); STC 111/1993 (Aranzadi 1993/111); STC 31/1996 (Aranzadi 1996/31); STC 110 (Aranzadi 2000/110); STC 185/2000 (Aranzadi 2000/185), y STC 167/2001 (Aranzadi 2001/167), entre otras.

Sobre el principio de congruencia, ver las siguientes sentencias: STC 144/1991 (Aranzadi 1991/144); STC 183/1991 (Aranzadi 1991/183); STC 59/1992 (Aranzadi 1992/59); STC 88/1992 (Aranzadi 1992/88); STC 46/1993 (Aranzadi 1993/46); STS de 14 de junio de 1988; STS de 3 de noviembre de 1989; STS de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993/2448); STS de 7 de febrero (Aranzadi 1994/748), y STS de 27 de mayo de 1994 (Aranzadi 1994/4473).

Sobre la pérdida de la condición de funcionario por la imposición de la pena de inhabilitación, ver las siguientes sentencias:

STS de 30 de marzo de 1979 (Aranzadi 1979/1162); STS de 16 de diciembre de 1981 (Aranzadi 1981/4862); STS de 30 de enero de 1990 (Aranzadi 1990/143); STS de 9 de mayo de 1991 (Aranzadi 1991/4042); STS de 13 de octubre de 1993 (Aranzadi 1993/7240); STS de 15 de marzo de 1994 (Aranzadi 1994/2177); STS de 13 de marzo de 1995 (Aranzadi 1995/3191), y STS de 3 de marzo de 1997, entre otras.

Sobre la pena de inhabilitación, ver las siguientes sentencias: STS de 20 de marzo de 2001; STS de 25 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/8862). Sobre el alcance de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, ver la siguiente sentencia: STS de 15 de noviembre de 2001 (Aranzadi 2001/9704), entre otras. Sobre la inhabilitación para elegir y ser elegido alcalde por un delito de infidelidad en la custodia de documentos públicos, ver la siguiente sentencia: STC 154/1993. Sobre la inhabilitación de cargo público electivo, ver la siguiente sentencia: STC 151/1999.

En este mismo número, sobre la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, ver la siguiente sentencia: SAP de Teruel 3/2003, de 16 de enero.

Tribunal Supremo. Naturaleza jurídica de la declaración de impacto ambiental (DIA). Relación de accesoriidad entre la DIA y la decisión del órgano sustantivo. Recurriribilidad de los actos de trámite

SUPUESTO DE HECHO

Una asociación contraria al recrecimiento de un embalse interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección General de Calidad y de Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se formuló la declaración de impacto ambiental (DIA) sobre el proyecto de recrecimiento de dicha presa y contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la mencionada resolución. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid inadmitió el recurso, al considerar la DIA un mero acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma.

El recurrente interpuso recurso de casación contra dicha resolución, siendo desestimando por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal se remitió a lo declarado por el tribunal de instancia, que, a su vez, se había fundado en la doctrina contenida en una sentencia del Tribunal Supremo, ahora reproducida parcialmente. En dicha sentencia, el Tribunal analizaba la regulación de la DIA por el Derecho comunitario y la transposición hecha por las normas españolas.

En relación con el Derecho comunitario, el Tribunal recordó que la Directiva 85/337/CEE “[...] no impone a los estados miembros un tratamiento jurídico-procesal de tales evaluaciones que permita su control jurisdiccional autónomo o desligado del que quepa abrir contra la resolución autorizatoria del proyecto [...] limitándose las obligaciones [...] al necesario sometimiento de determinados proyectos a una previa evaluación de su repercusión sobre el medio ambiente, y a la necesaria toma en consideración de ella en el marco del procedimiento de autorización” (FJ 3).

El Tribunal admitió que dicho ordenamiento contemplaba cierta relación entre la evaluación y la toma de decisión sobre la realización del proyecto, “[...] haciéndolo en términos suficientemente indicativos del carácter instrumental o medial de la primera respecto de la segunda” (FJ 3).

En cuanto a la transposición hecha por el Derecho interno, en España, el Tribunal declaró que, en la DIA, parte de la técnica evaluatoria de la evaluación de impacto ambiental (EIA), “[...] se plasma un juicio prospectivo, técnico y jurídico, de la autoridad competente de medio ambiente, que determina, en relación

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 309/2000

FECHA: 13 de noviembre de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Oscar González González

DEMANDANTE: Asociación ecologista

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1, 2, 5, 6 y 7 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/337/CEE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; artículos 4 y 5 del Real decreto legislativo 1302/1986, de 8 de junio, de evaluación de impacto ambiental; artículos 16, 18, 20 y 21 del Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, y artículo 25 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ)

DOCTRINA: Naturaleza jurídica de la declaración de impacto ambiental (DIA). Relación de accesoriidad entre la DIA y la decisión del órgano sustantivo. Recurriribilidad de los actos de trámite (FJ 3 y 4)

con un proyecto dado, y a los solos efectos ambientales, si su realización es o no conveniente y, en caso afirmativo, las condiciones que deban establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales” (FJ 3). Como indicó el Tribunal, la DIA “[...] ha de ser remitida a la autoridad competente substantiva, es decir, al órgano de la Administración que ha de dictar la resolución administrativa de autorización del proyecto [...]”. Sin embargo, “[...] la autoridad competente substantiva, lejos de quedar absolutamente vinculada por aquel juicio, puede discrepar de él en cualquiera de los aspectos que lo integran [...]”; discrepancia que, de producirse, será resuelta por el Consejo de Ministros o por el órgano de

gobierno de la comunidad autónoma correspondiente, según cuál sea la Administración pública donde resida la competencia substantiva para la realización o autorización del proyecto” (FJ 3).

De modo que, como indicó el Tribunal, “[...] el contenido de la DIA no constituye, por tanto, la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse” (FJ 3).

En relación con el significado que en el Derecho interno cabía atribuir al procedimiento de la EIA y al acto administrativo de la DIA, el Tribunal citó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la línea de lo indicado. Así, el Tribunal Constitucional había declarado que:

“[...] la finalidad propia de la evaluación de impacto ambiental ‘es facilitar a las autoridades competentes la información adecuada, que les permita decidir sobre un determinado proyecto con pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente’.” (FJ 3)

Por tanto, según indicó el Tribunal, en relación con la naturaleza jurídica de la DIA:

“[...] nuestro legislador optó por configurar la DIA como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él.” (FJ 3)

En consecuencia, en relación con el control jurisdiccional de dichos actos, el Tribunal declaró que: “Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional.” (FJ 3)

Entrando en el caso enjuiciado, acerca de la compatibilidad constitucional de la decisión de inadmisión, el Tribunal consideró que ésta no había colocado al recurrente en posición de inde-

fensión, pues “[...] pudo en el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra la resolución aprobatoria del proyecto de la presa [...] deducir cualquier motivo de impugnación relacionado con la EIA y con la DIA, y pudo combatir cualquier decisión jurisdiccional que sin razón jurídica hubiera cercenado o desconocido esa facultad” (FJ 3).

Finalmente, el Tribunal hizo referencia a la regulación actual de la impugnación de los actos de trámite, recordando que el artículo 25 de la Ley de 13 de julio de 1998 agregó como supuesto de recurribilidad de los actos de trámite “[...] los que producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”, si bien aclaró que dicho cambio normativo no afectaba al caso enjuiciado, por cuanto:

“[...] ni la indefensión, ni el perjuicio irreparable, se producen desde el momento en que los titulares de derechos e intereses legítimos lesionados con la declaración de impacto ambiental van a tener oportunidad de defenderlos cuando se dicte el acto aprobatorio del proyecto de obras, produciéndose la reparación de los daños sufridos en el caso de que su pretensión anulatoria prosperase. No hay indefensión ni irreparabilidad de perjuicios, aunque se retrase la defensa y reparación al momento de ese acto posterior.” (FJ 4)

Por lo expuesto, el Tribunal acordó desestimar el recurso de casación, condenando a la parte actora en las costas del mismo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la naturaleza de la declaración de impacto ambiental, ver la siguiente sentencia: STS de 17 de noviembre de 1998 (Aranzadi 1998/10522).

Sobre el significado que en el Derecho interno hay que atribuir al procedimiento de evaluación de impacto ambiental y al acto administrativo de la declaración de impacto ambiental, ver la siguiente sentencia: STC 13/1998, de 22 de enero (Aranzadi 1998/13).

Tribunal Supremo. Ejercicio verbal de la competencia sancionadora. Motivación y congruencia de los actos administrativos. Principio de eficacia

SUPUESTO DE HECHO

Un particular interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección General de Tráfico por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Castilla y León, que acordó imponerle la sanción de 50.000 pesetas de multa y la suspensión de la autorización administrativa para conducir vehículos durante un mes. El recurrente cuestionaba la ilegalidad de la sanción impuesta por haber sido dictada verbalmente, sin motivación alguna del órgano competente, y por ser desproporcionada.

El Juzgado número 1 de Cádiz estimó el recurso, anulando la resolución contra la que éste se había interpuesto. Asimismo, el juzgado acordó plantear cuestión de ilegalidad en relación con el artículo 15.1 del RSTCS, en concreto el inciso en el que se dice: “[la resolución sancionadora se dictará por escrito], salvo que los órganos administrativos ejerzan su competencia en forma verbal, en cuyo caso el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado en forma verbal, con expresión de su contenido conforme previene el artículo 55.2 de la referida ley.” El juzgado remitió las actuaciones al Tribunal Supremo, al carecer éste de competencia para hacerlo, por ser el precepto reglamentario impugnado una disposición general emanada del Consejo de Ministros.

El Tribunal Supremo desestimó la cuestión de ilegalidad, sin que ello afectara a la situación jurídica derivada de la sentencia absolutoria antes mencionada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El juzgado que planteaba la cuestión alegaba que los actos

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta Jurisdicción contencioso-administrativa. Cuestión de Ilegalidad 452/2001

FECHA: 26 de noviembre de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco González Navarro
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 54 y 55 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y artículo 15.1 del Real decreto 320/1994, de 24 de febrero, que aprueba el Reglamento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (RSTCS)

DOCTRINA: Ejercicio verbal de la competencia sancionadora. Motivación y congruencia de los actos administrativos. Principio de eficacia (FJ 2 y 3)

administrativos están sujetos a las exigencias de motivación, máxime si se trata de resoluciones sancionadoras, y congruencia, a fin de garantizar el principio de legalidad penal. Según éste, la exigencia de motivación de los actos impedía que se pudiera ejercer la competencia sancionadora de forma verbal.

Sobre las exigencias indicadas, el Tribunal aclaró que:

"[...] cuando la Ley 30/1992 habla de principio de legalidad [...] está refiriéndose no sólo a la sujeción a la ley y al Derecho en general (artículo 103 de la CE), ni únicamente a esta sujeción en cuanto a la competencia y al procedimiento (artículo 127.1 de la Ley 30/1992), sino sobre todo y más particularmente a los dos corolarios o reglas que derivan de ese principio de legalidad en este concreto ámbito del derecho administrativo sancionador y que son la tipicidad (legalidad material) y la reserva legal (legalidad formal)." (FJ 2)

De modo que el deber de motivar "[...] es un derecho subjetivo público del interesado no sólo en el ámbito sancionador sino en todos los sectores de la actuación administrativa: la Administración ha de dar siempre y en todo caso, razón de sus actos, incluso en el ámbito de su potestad discrecional [...]" (FJ 2).

Sentado lo anterior, el Tribunal pasó a analizar si el cumplimiento de la exigencia de motivación pasaba por tener que adoptar necesariamente la forma escrita. Para ello, analizó el contenido del artículo 55.2 de la LRJPAC. En este sentido, el Tribunal destacó la importancia de distinguir entre "[...] el ejercicio en forma verbal de las competencias –sean o no sancionadoras– y la sujeción a forma escrita de la resolución que contiene el resultado de ese ejercicio de la competencia en forma verbal [...]" (FJ 3).

Según el Tribunal, en ese segundo supuesto hay "[...] el empleo de una técnica que permite racionalizar y simplificar el trabajo del titular de la competencia, que acepta o rechaza en forma verbal la propuesta que, en un único documento en el que se resumen las propuestas individuales, le presenta el instructor [...]", sin que ello implicara una disminución de las garantías de los administrados.

Por su parte, el Tribunal señaló lo siguiente:

"[...] cada procedimiento sancionador de tráfico se tramita individualmente, y la competencia sancionadora ejercida verbalmente se documenta no sólo en la relación y con los requisitos que exige el artículo 55.2 [...] sino también en la resolución que pone fin al expediente individual de que se trate, de manera que en modo alguno puede decirse que el infractor sanciona-

do quede indefenso por falta de motivación del acto o porque no pueda conocerlo." (FJ 3)

En relación con la mencionada técnica de racionalización y simplificación del trabajo que constituye el artículo 55.2, el Tribunal indicó que "[...] se trata de dar solución al problema que plantea la necesidad de conjugar la garantía con la eficacia [...]" (FJ 2).

Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[la Administración pública] ha de actuar con arreglo a una serie de 'principios de funcionamiento', entre ellos los siguientes: eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados [artículo 103 de la CE, artículo 3 de la LRJPAC, y artículo 3.2.a) de la Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)], racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de los procedimientos materiales de gestión [artículo 3.2.e) de la LOFAGE], y servicio efectivo a los ciudadanos [artículo 3.2.f) de la LOFAGE]. Y pocas cosas pueden causar mayor alarma social que la existencia de una organización administrativa encargada de gestionar la circulación vial, y de garantizar que los fines públicos de seguridad y eliminación de riesgo, todo ello en defensa de la vida, fines todos ellos que están inscritos en la actividad servicial que este sector de la Administración está llamado a prestar, se viera obstaculizada en su desempeño porque el ejercicio de sus funciones preventivas y represoras resultaran de hecho ineficaz por la imposibilidad de resolver, con la máxima rapidez y sin merma de las garantías debidas al presunto infractor, los recursos contra su actuación sancionadora." (FJ 3)

Ligado con lo anterior, el Tribunal se refirió a la necesidad de atender a los intereses colectivos, además del interés particular de los presuntos infractores.

Demostrada la legalidad del precepto invocado, el Tribunal acordó desestimar la cuestión de ilegalidad planteada, sin que los resultados de la sentencia afectaran a la dictada por el juzgado que planteó dicha cuestión.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre un supuesto similar, ver la siguiente sentencia de la misma sala y sección: STS de 15 de noviembre de 2002.

Tribunal Supremo. Autorización de la realización de un proyecto disconforme con el planeamiento urbanístico. Protección del patrimonio histórico nacional e intereses histórico-culturales

SUPUESTO DE HECHO

En fecha 2 de octubre de 1998 el Consejo de Ministros acordó autorizar la ejecución de las obras previstas en los proyectos "Ampliación y rehabilitación del Casón del Buen Retiro en Madrid" y "Actuaciones en el claustro y parte del atrio, adyacentes a la iglesia de San Jerónimo el Real de Madrid", y ordenar la iniciación del procedimiento de modificación puntual del Plan general de ordenación urbana de Madrid, en su concreta aplicación a la superficie afectada por las obras.

En el acuerdo se hacía constar que, mediante la Orden de 22 de septiembre de 1998, el Ministerio de Educación y Cultura declaró la urgencia y el especial interés público de la ejecución de los mencionados proyectos (al amparo del artículo 244.2 de la LS), precisándose que la urgencia venía de la necesidad de "[...] dotar al Museo del Prado de todas las instalaciones imprescindibles para ofrecer a los visitantes unos servicios acordes con la calidad de la colección que en él se expone".

El 3 de julio del mismo año, el Consejo de Ministros había autorizado la suscripción de un convenio de colaboración plurianual entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Archidiócesis de Madrid para la intervención en el conjunto monumental de San Jerónimo el Real, con la cesión al Estado del claustro y parte del atrio, según el Plan museográfico.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 1402/2000

FECHA: 18 de diciembre de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón

VOTO PARTICULAR: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero

DEMANDANTE: Asociación de vecinos

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 244.2 del Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobada por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio (LS); artículos 18, 19 y 39.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio de 1985, de protección del patrimonio histórico artístico, y artículos 17, 32.2 y 33 de la Ley 10/1989, de 9 de julio, de protección del patrimonio histórico-artístico, de la Comunidad de Madrid.

DOCTRINA: Autorización de la realización de un proyecto disconforme con el planeamiento urbanístico. Protección del patrimonio histórico nacional e intereses histórico-culturales (FJ 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13 y 14)

Días más tarde, el Ministerio de Cultura elaboró el llamado Proyecto de ampliación del Museo Nacional del Prado.

El 31 de julio de 1998 se informó al Ayuntamiento de Madrid de la disconformidad de los proyectos mencionados con el Plan general de ordenación urbana del municipio, procediéndose como se ha indicado anteriormente.

Una asociación de vecinos interpuso un recurso jurisdiccional directo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de octubre, solicitando que fuera declarada la nulidad del mismo en cuanto a la autorización de la ejecución de las obras previstas en el Proyecto de actuaciones en el claustro y parte del atrio adyacentes a la iglesia de San Jerónimo el Real de Madrid, por ser contrarios al ordenamiento jurídico y la declaración de todo lo procedente en Derecho.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, si bien con el voto particular del Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal destacó que el nudo del asunto radicaba en la posibilidad de coordinación y ajuste de los intereses de índole histórico-cultural de excepcional relevancia y la extraordinaria relevancia cultural de la colección del Museo del Prado.

Sentado lo anterior, el Tribunal pasó a examinar las alegaciones efectuadas por el recurrente.

En primer lugar, analizó la exigencia de un "proyecto" hecha por el artículo 244.2 de la LS que, en palabras del Tribunal, "[...] dispone que se remita al ayuntamiento, a los efectos del dictamen sobre la conformidad o no al planeamiento urbanístico vigente, el proyecto de que se trate". Según el Tribunal, del texto de la norma se desprendía que no era necesario un proyecto definitivo de la obra a realizar, sino que:

"[...] basta la realización de un proyecto o conjunto de proyectos, que marquen de modo cierto el carácter, extensión, localización y fines de la obra proyectada, y que permita el ayuntamiento u organismo autonómico competente, la formulación del dictamen sobre su adecuación al planeamiento." (FJ 4)

En relación con el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que el proyecto autorizado por el Consejo de Ministros contenía la precisión suficiente para ser considerado "proyecto básico" (FJ 5).

Por su parte, el Tribunal planteó si en ese caso concurría la exigencia dictada por el artículo 244.2 de la existencia de "razones de urgencia o especial interés", indicando que en ese caso, al exigir la norma únicamente el cumplimiento alternativo de una de las dos obligaciones, "[...] el excepcional interés público de la ampliación del Museo del Prado, [...] de notoria evidencia" permitía considerar cumplido dicho requisito. (FJ 6)

El Tribunal estuvo en contra del parecer del recurrente en relación con el incumplimiento de las normas urbanísticas del Plan general de ordenación urbana de Madrid. Al respecto el Tribunal declaró que:

"Tales alegaciones sobre incumplimiento de normas urbanísticas, aplicable al acto recurrido, no pueden ser estimadas a los fines aquí pretendidos, porque precisamente, el incumplimiento de la normativa urbanística, es reconocido en el propio Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de octubre de 1998 y precisamente esa disconformidad del proyecto de obras con el planeamiento es lo que ha determinado la tramitación del procedimiento excepcional sobre autorización de obras del citado artículo 244.2." (FJ 7)

Lo mismo hay que decir en cuanto a las alegaciones relativas a la obtención de licencia municipal, declarando que:

"[...] no es que no necesite licencia municipal, sino que precisamente constituye el procedimiento excepcional, al margen de licencia municipal, para autorizar obras promovidas por órganos

de la Administración pública, cuando concurren razones de urgencia o excepcional interés público." (FJ 8)

Hechas las consideraciones anteriores, el Tribunal volvió a la cuestión planteada inicialmente y se centró en analizar la posible conjugación entre la protección del patrimonio histórico-artístico contemplado por las respectivas normas estatal y autonómica, y los intereses histórico-culturales del Museo del Prado.

Al respecto, el Tribunal destacó que la ley estatal autoriza la "rehabilitación de bienes inmuebles". Acerca de la "rehabilitación" el Tribunal aclaró que, según la norma, "[...] implica la posibilidad del previo desmontaje o demolición, siempre que esos mismos elementos previamente desmontados sean reintegrados en el mismo lugar" (FJ 10). De modo que, según el Tribunal, no se había producido vulneración alguna de la normativa citada, al suponer la rehabilitación del claustro de los Jerónimos (declarado Monumento Histórico-Artístico de Interés Cultural) "una técnica de conservación y mejora" autorizada por la norma. (FJ 10)

Por su parte, el Tribunal citó el Convenio para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa, de 3 de octubre de 1985, que "[...] establece que con respecto del carácter arquitectónico e histórico del patrimonio se debe fomentar la utilización de bienes protegidos, teniendo en cuenta las necesidades de la vida contemporánea, y la adaptación, cuando ésta se demuestre apropiada, de las edificaciones antiguas para nuevos usos" (FJ 10).

En cuanto a la regulación de dicha materia por la norma autonómica, el Tribunal declaró que:

"[...] el artículo 33 de la Ley 10/1998, de la CAM, solamente establece una prohibición de modificar las alineaciones, las rasantes, la parcelación o la edificabilidad características de los entornos de protección de los bienes de interés cultural, siendo suficiente aprobar los instrumentos de planeamiento urbanístico que desarrollen el régimen de protección para enervar la prohibición que contiene el artículo 33 de la citada ley de la CAM y a eso tiende el acuerdo objeto de este recurso, al ordenar la iniciación del procedimiento de revisión del planeamiento." (FJ 13)

Por su parte, el Tribunal se refirió a la incidencia de las obras en el entorno del monumento, ya que, según la ley estatal "un inmueble de interés cultural es inseparable de su entorno". Al respecto, el Tribunal consideró que no quedaba acreditado que el proyecto de obra fuera a suponer un deterioro para el mismo.

Ello quedaría corroborado por lo indicado en el Plan museográfico, que "[...] pone de relieve que la intención del proyecto es lograr que el Museo del Prado cristalice en un conjunto de edificios inserto en un ambiente ajardinado de gran calidad, de modo que el barrio de los Jerónimos se ha de convertir en el área museística del Prado, cuyos edificios, comunicados por paseos y jardines, van a constituir por sí mismos, un recorrido histórico arquitectónico de primer orden [...]" (FJ 14).

En la misma dirección apuntaba el informe de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando.

Por lo expuesto el Tribunal acordó desestimar el recurso interpuesto.

VOTO PARTICULAR

El Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero formuló un voto particular a la sentencia estudiada al no compartir la tesis de la sala en lo relativo al requisito del proyecto técnico que, según el magistrado, es imprescindible en las actuaciones urbanísticas como la cuestionada en el caso analizado.

Según el magistrado, tanto la lógica ("[...] toda obra requiere, con carácter previo a su ejecución, una fase de ideación [...]") como la normativa aplicable lo exigían. Así, el artículo 244.2 de

la LS exigía el “proyecto de que se trate”, y no uno cualquiera.

Por tanto, la normativa exigía la elaboración de un proyecto técnico y en el presente caso éste era inexistente.

El magistrado se refirió al carácter excepcional del procedimiento contemplado por el artículo 244.4 de la LS. Éste declaró que su excepcionalidad hacía que hubiera que interpretar el precepto de forma restrictiva, siendo necesaria una “justificación suficiente” para la “eventual interpretación de los requisitos establecidos”. Sin embargo, en el caso enjuiciado, consideraba que no se había justificado suficientemente la ausencia del proyecto técnico.

Por su parte, en relación con la expresión “proyecto técnico” el magistrado destacó que la jurisprudencia se había referido a la exigencia de proyecto “[...] entendiendo de modo expreso o tácito que era un proyecto técnico”.

En cuanto a las consecuencias de la omisión del proyecto técnico, el magistrado indicó que, según ha declarado la jurisprudencia, “[...] acarrea inexorablemente la anulación del acuerdo final autorizando las obras de que se trate”. Sin embar-

go, admitió que también caracteriza el proyecto técnico el carácter subsanable de su ausencia, lo que llevaba al magistrado a hacer el siguiente razonamiento:

“Por razones pragmáticas no es fácilmente comprensible la anulación de un acuerdo de la naturaleza del controvertido para posteriormente y con el proyecto aprobado darle el visto bueno, y mucho más si el defecto es subsanable.

Por ello, el magistrado, aclarada la necesidad de un proyecto técnico y que, en su opinión, los “[...] estudios, memorias y planes que conforman al aporte técnico del acto impugnado” eran insuficientes, “pues ni eran un proyecto definitivo, ni concurre una responsabilidad técnica individualizada a la que pueda atribuirse la ejecución”, éste declaró lo siguiente:

“Era más sencillo, lógico y jurídico exigir ese pragmatismo al órgano que dictó el acto, que debería haber esperado a tener el proyecto definitivo y, una vez elaborado ordenar su ejecución, que a nosotros no es dado acudir a consideraciones pragmáticas para la adopción de nuestras decisiones.”

Tribunal Supremo. Expropiación de una finca con un edificio histórico-artístico. Valoración del suelo y (separadamente) del edificio sito en éste. Presentación extemporánea de recurso de reposición

SUPUESTO DE HECHO

El Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Barcelona resolvió señalar el justiprecio por la expropiación de una finca de Manresa, en actuaciones llevadas a cabo por el ayuntamiento de dicha localidad, en la suma de 496.099.275 pesetas, incluida la afección legal, más los intereses de demora procedentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de expropiación forzosa. El acuerdo del jurado se dictó después de la celebración de varias reuniones, en las cuales, dado el carácter de Monumento Histórico-artístico del edificio sito en la finca, éste se había dirigido a la Dirección General del Patrimonio Cultural de la Generalitat de Cataluña para la designación de un perito que informara al jurado sobre los aspectos histórico-artísticos del edificio. Tras ello, el jurado acordó dictar resolución concretando el valor del edificio excluyendo los aspectos histórico-artísticos, en el valor de reposición de la construcción no artística multiplicado por el coeficiente que pondera la antigüedad y el estado de conservación en los valores para cada uno de los conceptos propuestos por el vocal técnico en su informe: 162.610.000 pesetas x 0,55= 89.435.500 pesetas.

Contra dicha resolución tanto el ayuntamiento como el titular de la finca expropiada interpusieron un recurso de reposición, siendo ambos recursos desestimados. Tras ello, las dos partes interpusieron un recurso contencioso-administrativo. Los dos procesos fueron acumulados. El ayuntamiento, en su escrito de conclusiones, solicitaba la inadmisibilidad del recurso deducido por el propietario, por extemporaneidad del recurso de reposición deducido contra el acto inicial del jurado, e instaba la revocación parcial de la resolución de dicho jurado, cifrando el valor total de los bienes expropiados, incluido el premio de afección, en la cantidad de 440.031.129 pesetas, y subsidiariamente, para el caso de no acogerse la inadmisibilidad aducida, solicitaba que se desestimaran las pretensiones del expropiado, salvo que el valor quedase fijado en la suma mencionada. Por su parte, el propietario solicitaba un justiprecio de 893.779.912 pesetas, más los intereses a tenor del aludido convenio, descontándose la cantidad recibida a cuenta, en virtud de dicho convenio.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el recurso interpuesto por el ayuntamiento y estimó parcialmente el interpuesto por el propietario de la finca, declarando dicho acto no ajustado a Derecho y nulo parcialmente, señalando como justiprecio por la expropiación la suma de 721.560.000

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 7013/1998

FECHA: 17 de diciembre de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto

VOTO PARTICULAR: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto

CODEMANDANTES: Particular y Ayuntamiento de Manresa

DEMANDADO: Jurado Provincial de Expropiación Forzosa

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1, 82.c) y a), y 40 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1890; artículos 43, 80, 102 y 1 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa; (LJ) artículos 34, 36, 43 y 78 de la Ley de expropiación forzosa (LEF), y artículos 36 y 39 de la Ley del patrimonio histórico español (LPHE)

DOCTRINA: Expropiación de una finca con un edificio histórico-artístico. Valoración del suelo y (separadamente) del edificio sito en éste. Presentación extemporánea de recurso de reposición (FJ 3, 4, 6, 7 y 8)

pesetas incluido el premio de afección, más los intereses de demora correspondientes en la cuantía que resultara de aplicación del convenio que el ayuntamiento y el propietario habían suscrito, cuya cuantificación debía llevarse a cabo, en su caso, en la ejecución de la sentencia.

Contra dicha resolución, ambos recurrentes interpusieron un recurso de casación. El propietario de la finca consideraba que el justiprecio debía incrementarse en el importe del valor del edificio construido en la misma en la cifra de 129.849.440 pesetas, con más el 5% de la indicada cantidad en concepto de premio de afección y los intereses correspondientes a tenor del

convenio mencionado, a cuantificar en ejecución de sentencia, y con expresa imposición de costas a la adversa por su temeridad y mala fe manifiestas. Por su parte, el ayuntamiento solicitaba que se declarase la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el propietario de la finca, que el aprovechamiento de la finca a efectos de la valoración expropiatoria era el del 1,5 reconocido por el Jurado de Expropiación Forzosa en razón de que el edificio gozaba del estatuto de monumento histórico-artístico, y que fuera casada la sentencia en el sentido de que los intereses reconocibles a la propiedad eran los legales previstos en la legislación expropiatoria y, en consecuencia, confirmando el valor del justiprecio fijado por el Jurado de Expropiación Forzosa de 496.099.275 pesetas, o, subsidiariamente, acoger los motivos de casación indicados, determinándose el valor del justiprecio y los intereses legales en ejecución de la sentencia.

El Tribunal Supremo acordó estimar parcialmente ambos recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Alegaciones del ayuntamiento

1. Admisibilidad del recurso de reposición

En primer lugar, el Tribunal entró a analizar la alegación del ayuntamiento en relación con la admisibilidad del recurso de reposición. Al respecto, el Tribunal declaró que no procedía su inadmisión, pese haber sido presentado para su certificación en la oficina de correos transcurrido un día más del plazo legalmente establecido. Ello era así, al haber sido resuelto por el jurado sin que éste declarara la inadmisibilidad del mismo. El Tribunal se refirió al respecto a la posibilidad de subsanación de la falta del recurso de reposición cuando el jurisdiccional se presentaba en el plazo de dos meses (artículo 129.3 de la LJ, FJ 3).

Por tanto, el Tribunal consideró que dicha alegación debía ser desestimada.

Voto particular formulado por el magistrado Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto en relación con la admisibilidad del recurso de reposición

El magistrado indicado formuló un voto particular por estar en desacuerdo con las consideraciones del Tribunal en relación con la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo. El magistrado entendía que la interposición extemporánea del recurso de reposición "[...] convirtió al acto en consentido y firme lo que imponía la inadmisión de dicho recurso".

En relación con lo dispuesto por el artículo 129 de la LJ, el magistrado declaró lo siguiente:

"[...] la facultad de subsanación contenida en el aludido artículo 129 es una posibilidad de interponer recurso de reposición cuando aun resta plazo hábil para ello, o bien cuando tal recurso no se ha indicado al administrado, pero ello no permite la posibilidad de rehabilitación de plazos fenecidos. Por ello y como en aquella sentencia se resolvió, no se está ante ninguno de los supuestos en lo que es posible la subsanación de la falta del recurso de reposición, ya que éste, como repetidamente se ha señalado, se presentó en el caso que se examina fuera del plazo establecido."

Según el magistrado:

"No obsta a lo anterior tampoco la circunstancia de que el jurado dictara resolución expresa, puesto que la doctrina de la sala acerca de las consecuencias que dicho acto propio tiene en relación con el rechazo de las inadmisiones posteriormente alegadas por el representante procesal del autor de dicha resolución expresa no tiene eficacia en el presente caso, donde el Jurado Provincial de Expropiación está incardinado dentro de la Administración del Estado y el afectado por su resolución es una

corporación local a la que no vincula como acto propio, evidentemente, esa resolución expresa del jurado y cuyo derecho a la tutela también está reconocido en el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836), alegado por la corporación recurrente en casación."

2. Determinación del justiprecio

En relación con la determinación del justiprecio, el Tribunal estuvo de acuerdo con el ayuntamiento en que se debía haber tenido en cuenta el especial estatuto jurídico de monumento histórico artístico de carácter provincial del que gozaba el inmueble sito en la finca. El ayuntamiento consideraba que:

"[...] al otorgar la sentencia al edificio un aprovechamiento edificatorio distinto del que posee en su condición de monumento histórico-artístico, se está alterando ese estatuto jurídico propio del monumento que, en modo alguno, permite atribuir al terreno sobre el que se asienta una edificabilidad distinta y superior a la específicamente correspondiente al mismo de acuerdo con el real volumen edificado que no puede ser alterado." (FJ 4)

Según el recurrente ello constituía una infracción de los artículos 36 de la LEF, y 36 y 39 de la LPHE.

El Tribunal entendió que había que estimar dicha alegación, indicando que:

"[...] no resulta posible ni justo atribuir al suelo [...] un valor derivado de un aprovechamiento del que nunca podrá disfrutar realmente el propietario dada la perpetuación, en tanto no cambie su calificación, del inmueble que sobre el mismo está construido, y que, por su propia calificación de monumento histórico-artístico, impide obtener ese aprovechamiento que el planeamiento fija con carácter zonal independientemente del atribuido al equipamiento polivalente como correspondiente al inmueble expropiado." (FJ 4)

Asimismo, éste indicó que:

"La sentencia recurrida, [...] al asignar al suelo un aprovechamiento de 2,8 dada la condición de monumento histórico-artístico del edificio, necesariamente llega a la conclusión de que ese aprovechamiento solamente cabía atribuirlo al terreno cuando está libre de tal edificación y, como lógica consecuencia aunque realmente conduce a un absurdo jurídico, no solamente se prescinde de la valoración del edificio sino que, además, se parte de su necesaria demolición para obtener aquel irreal aprovechamiento, llegándose a reducir el justiprecio resultante del suelo en la cantidad de 28.000.000 de pesetas en que se evalúan los costes de demolición." (FJ 4)

Por tanto, el Tribunal estimó la mencionada alegación del recurrente.

Alegaciones del propietario

El propietario de los bienes expropiados denunciaba la incongruencia de la sentencia recurrida, entendiéndola que ésta había infringido los artículos 43, 80, 102 y 1 de la Ley de la jurisdicción.

El Tribunal estimó dicha alegación, indicando lo siguiente:

"El motivo ha de ser estimado porque [...] se partió de una asignación de valor al edificio separadamente del suelo, habiéndolo cifrado incluso el ayuntamiento en la cantidad de 36.037.265 de pesetas, por lo que, al rechazar dicha valoración, la sentencia recurrida omite el pronunciamiento sobre uno de los elementos en que las partes estaban conformes en valorar separadamente del suelo construido." (FJ 6)

Ligado con lo anterior, el Tribunal consideró que debía prosperar la alegación del recurrente acerca de la falta de valoración por parte de la sentencia recurrida del inmueble asentado sobre el suelo. Según el recurrente ello constituía una infracción del artículo 33 de la CE en relación con los artículos 34 y 43 de la LEF. El Tribunal declaró lo siguiente:

“El motivo debe prosperar puesto que [...] la edificación había de valorarse independientemente y, en consecuencia, no resulta ajustado a derecho el pronunciamiento de la sentencia de instancia que solamente valora, como vimos además inadecuadamente, el suelo de la finca sin atribuir valor al inmueble [...] aceptando, en definitiva, la sala el criterio pericial de que la valoración del suelo, por su propia naturaleza y en función del coeficiente de edificabilidad finalmente atribuido, suponía la no consideración del valor de la construcción cuya demolición resultaba obligada.” (FJ 7)

3. Resolución del recurso

Admitidas las alegaciones indicadas, el Tribunal procedió a resolver el recurso de casación. Así, en relación con la valoración del suelo, éste consideró que, como quiera que la valoración del edificio correspondía a la Comisión a que se refiere el artículo 78 de la LEF y no al jurado, dado el carácter de monumento histórico-artístico del edificio, éste había incurrido en una clara incompetencia, si bien, como indicó el Tribunal, procedía subsanar el defecto determinante de la nulidad absoluta “[...] en evitación de dilaciones indebidas, posponer para ejecución de sentencia la determinación de dicho justiprecio que habrá de ser fijado por la comisión integrada por los académicos a que se refiere el artículo 78 de la Ley de expropiación forzosa [...]” (FJ 8).

En cuanto al valor del suelo, el Tribunal acordó lo siguiente:

“En lo que se refiere al suelo expropiado, al que la sala indebidamente asignó un coeficiente de edificabilidad improceden-

te como antes examinamos, procede rectificar dicha valoración aceptando el valor de repercusión, en que están conformes el jurado, los peritos y las partes, de 80.000 pesetas/m² y un aprovechamiento del 1,5 conforme al planeamiento y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 105 del Texto refundido de la Ley del suelo (RCL 1976, 1192) y del artículo 146 del Reglamento de gestión urbanística [...] y, en consecuencia, el justiprecio de dicho suelo asciende a un total de 383.040.000 pesetas resultante de multiplicar la superficie del suelo de 3.192 m² por el aprovechamiento del 1,5 por 80.000 pesetas. Dicha cantidad habrá de incrementarse con la que resulte de la valoración a que antes nos referíamos [...]. El total se incrementará en un 5% más los intereses legales que se determinarán asimismo en ejecución de sentencia. La total valoración tendrá un mínimo de 496.099.275 pesetas equivalente a 2.981.616,69 euros, cifra aceptada en esta casación por el Ayuntamiento de Manresa, y un máximo de 849.274.912 pesetas equivalente a 5.104.245 euros, asimismo aceptada por el expropiado, en las cuales está ya incluido el premio de afección.” (FJ 8)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la presentación extemporánea del recurso de reposición, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4961); STS de 26 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/4887); STS de 28 de noviembre de 1996 (Aranzadi 1996/8585), y STS de 17 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/8907).

Tribunal Supremo. Ocupación de una finca para la instalación de una línea eléctrica. Trámite de urgencia. Necesidad de someter el proyecto a evaluación de impacto ambiental

SUPUESTO DE HECHO

El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias declaró la urgente ocupación de cierta finca, propiedad de M, para la instalación de la línea eléctrica aérea de 20 KV para la alimentación del centro de transformación a instalar en el monte Gorfoli, en el Concejo de Illas.

Contra dicho acuerdo, el propietario de la finca interpuso un recurso contencioso-administrativo, recurso que fue desestimado. Recurrido en casación, el Tribunal Supremo acordó la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo estimó el único motivo de casación, con dos alegaciones relacionadas entre ellas.

En primer lugar, el recurrente alegaba que la sala de instancia había infringido lo dispuesto por el artículo 126 de la LEF y el artículo 58.2 de la LRJPAC, por cuanto, al haber notificado la Administración el acuerdo de urgente ocupación al propietario, le hizo saber que contra él “[...] no cabía recurso alguno sin perjuicio de las alegaciones que se pudiesen efectuar hasta el momento del levantamiento del acta previa a efecto de subsanar posibles errores”.

Al respecto, el Tribunal declaró que el mencionado acuerdo era susceptible de impugnación, a lo cual el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] la Administración no cumplió correctamente lo dispuesto en el artículo 58.2 [...] al haber indicado indebidamente que no procedía recurso alguno contra la resolución notificada, de modo que, al tratarse de una notificación defectuosa, no se inició el plazo para impugnarla, lo que impide considerar extemporánea la interposición del recurso contencioso-administrativo contra ella, como indebidamente lo entendió la sala de instancia aunque realizase un pronunciamiento desestimatorio de la

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 8795/1998

FECHA: 8 de febrero de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Consejo de Gobierno del Principado de Asturias

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 52 y 126 de la Ley de expropiación forzosa (LEF); artículo 56 del Reglamento de la Ley de expropiación forzosa (RLEF); artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y artículo 4.2 de la Directiva del Consejo de la Unión Europea 85/337CEE, de 27 de junio de 1985 (la Directiva)

DOCTRINA: Ocupación de una finca para la instalación de una línea eléctrica. Procedencia de acudir al trámite de urgencia. Necesidad de someter el proyecto a evaluación de impacto ambiental (FJ 6 y 7)

demanda y no de inadmisión, según establecía el artículo 82.f) de la entonces vigente ley jurisdiccional.” (FJ 1)

Por su parte, el Tribunal declaró que:

“[...] según lo dispuesto por el artículo 126.1 de la Ley de expropiación forzosa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo, pues tanto es susceptible de este recurso la

resolución que pone fin al expediente de expropiación como la que decide cualquiera de sus piezas basándose en vicios sustanciales de forma o en violación u omisión de los preceptos establecidos en dicha ley (apartado 3 del mismo artículo 126), siempre que el acto impugnado no hubiese devenido firme, como sucede ahora, en contra de la tesis sustentada en la sentencia recurrida, al no haberle sido notificada correctamente al interesado la resolución por la que el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias declaraba la urgente ocupación de su finca.” (FJ 1)

En segundo lugar, el recurrente alegaba que no concurrían circunstancias excepcionales para acudir al trámite de urgencia, al existir otra línea de transporte de energía eléctrica hasta la cima del monte Gorfoli. Al haber procedido según el trámite correspondiente, se había producido la infracción de los artículos 52 de la LEF y 56 de la RLEF, así como la Directiva 85/337/CEE, que requiere la evaluación de impacto ambiental para ejecutar un proyecto de transmisión de energía eléctrica mediante líneas aéreas. El no llevar a cabo dicho trámite constituía, según el recurrente, “[...] un defecto invalidante de la declaración de urgente ocupación de los terrenos [...]” (FJ 2).

Sobre esta segunda cuestión el Tribunal fue más extenso. En primer lugar, hizo referencia a la jurisprudencia de la misma sala en la que se había interpretado que el artículo 4.2 de la Directiva “[...] deja a los estados miembros la potestad de establecer, entre los proyectos incluidos en el anexo II de dicha directiva, los tipos que deben someterse a una evaluación de impacto ambiental o la fijación de criterios y umbrales necesarios para determinar los que deban ser objeto de dicha evaluación [...]”, de modo que, al no haberse incluido en el anexo del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio (RCL 1986, 2113), el transporte aéreo de energía eléctrica, no sería preciso que el proyecto que determinó la declaración de urgente ocupación, impugnada por el recurrente, contase con una previa evaluación de impacto ambiental” (FJ 6).

Asimismo, el Tribunal recordó que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado que:

“[...] el contenido del artículo 4.2 de la mentada directiva no permite a los estados miembros la general e indiscriminada exclusión de ciertos proyectos de instalaciones con incidencia medio-ambiental enumerados en el anexo II de la misma directiva, sino tan sólo determinar los umbrales a partir de los cuales la evaluación de impacto no es obligatoria.” (FJ 6)

Analizando la normativa española reguladora de la evaluación de impacto ambiental al momento en que fue tramitada la solicitud de declaración de urgente ocupación, el Tribunal consideró que, al no establecer criterios para excluir de la evaluación de impacto ambiental los proyectos de instalaciones para el transporte de energía eléctrica mediante líneas, se podía concluir que “[...] quedaban excluidos globalmente de la evaluación de impacto ambiental a pesar de la incidencia mediom-ambiental que tales instalaciones pueden comportar” (FJ 7).

El Tribunal consideraba que lo anterior no era permitido por el artículo 4.2 de la Directiva, de acuerdo con la mencionada doctrina del TJCEE sobre el artículo 4.2 “[...] cuya correcta interpretación, al no establecerse criterios o umbrales en el derecho interno para la exclusión de determinadas instalaciones de transporte aéreo de energía eléctrica de la evaluación de impacto ambiental, exige a las administraciones que las autoricen explicar las razones por las que, en cada caso, no se hace preciso el estudio de impacto ambiental” (FJ 7), cosa que no se hizo en el caso enjuiciado.

Según el Tribunal la nueva redacción del artículo 4.2 de la Directiva permitía sostener la interpretación mencionada. En su nuevo redactado éste disponía que los estados miembros determinarían “[...] bien mediante el estudio caso por caso, bien

mediante la fijación de umbrales o criterios” qué proyectos se debían someter a evaluación de impacto ambiental.

Sentado lo antedicho, el Tribunal se centró en el caso controvertido, respecto el cual el Tribunal consideraba que “[...] al no haberse establecido con carácter general en el derecho interno determinados criterios o umbrales de exclusión, debían examinarse por la Administración caso por caso los proyectos del anexo II” (FJ 7).

Como quiera que la Administración autonómica no procedió de ese modo, centrándose en autorizar la instalación de la línea eléctrica y declarando la necesidad de urgente ocupación, el Tribunal consideró que ello era contrario al artículo 56.1 del RLEF.

Por su parte, en relación con el posible carácter excepcional del procedimiento seguido, el Tribunal consideró que “[...] al no haberse examinado las circunstancias y características de la instalación en relación con su incidencia medioambiental, [...] falta el otro requisito requerido por el artículo 52 de la Ley de expropiación forzosa” (FJ 7).

Por tanto, el Tribunal admitió la existencia de la vulneración de los preceptos invocados por el recurrente, lo que acarrea la anulación del acuerdo impugnado.

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de casación, anulando la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y el acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 85/337/CEE, ver las siguientes sentencias. Del Tribunal Supremo, de la Sección Tercera de la misma Sala: STS de 2 de diciembre de 1994 (Aranzadi 1994/10023); STS de 14 de abril de 1998 (Aranzadi 1998/3633), y STS de 1 de febrero de 1999 (Aranzadi 1999/2127). De la Sección Sexta: STS de 27 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/8640). Del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJCE de 2 de mayo de 1996 (C-133/1994) (TJCE 1996/86); STJCE de 22 de octubre de 1998 (C-301/1995) (TJCE 1998/246); STJCE de 16 de septiembre de 1999 (C-435/1997) (TJCE 1999/196), y STJCE 13 de junio de 2002 (C-474/1999) (TJCE 2002/194).

Sobre las exigencias del artículo 56.1 del RLEF, ver las siguientes sentencias de la misma Sala: STS de 22 y 30 de septiembre (Aranzadi 1992/6867); STS de 3 de octubre (Aranzadi 1992/7703) y STS de 3 de diciembre de 1992 (Aranzadi 1992/9788); STS de 9 de marzo de 1993; STS de 19 de septiembre de 1994; STS de 23 de enero de 1996; STS de 16 de marzo y de 7 de mayo de 1996; STS de 22 de diciembre de 1997; STS de 3 de diciembre de 1998 (Aranzadi 1998/10302); STS de 19 de julio de 1999 (Aranzadi 1999/6718), y STS de 18 de mayo de 2002 (Aranzadi 2002/5739).

Audiencia Nacional. Reclamación de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en obras de mejora de una carretera por fuertes lluvias. Indemnización procedente sólo en casos de fuerza mayor. Daños extraordinarios

SUPUESTO DE HECHO

El Ministerio de Fomento desestimó la reclamación de indemnización formulada por una empresa constructora por daños y perjuicios, valorada en la cantidad de 16.757.124 pesetas, como consecuencia de los daños catastróficos en las obras de mejora de un tramo de la CN-432. El Ministerio de Fomento desestimó la reclamación de indemnización por considerar que los daños, causados por las lluvias caídas, no se podían considerar extraordinarios, por lo que debían considerarse incluidos en el riesgo y ventura del contratista.

Contra dicha resolución, la constructora interpuso un recurso contencioso-administrativo.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho la Audiencia Nacional procedió a determinar si las lluvias caídas en la obra que se ejecutaba merecían la calificación de causa de fuerza mayor a los efectos de la Ley de contratos.

Como indicó la Audiencia en el expediente administrativo constaba que en las fechas indicadas se habían producido efectivamente abundantes lluvias y que como consecuencia de las mismas se originaron los daños en las obras mencionadas.

Así, el ingeniero directo de las obras declaró que “[...] los daños, de la ya citada obra, se produjeron por ‘[...] desbordamiento de algunos arroyos que cruzan la obra en diversos puntos y sobre todo el desbordamiento del río Velillos bajo la estructura número 3, durante los meses de enero y febrero del presente año, finalizando las lluvias el 25 de febrero de 1996’” (FJ 4).

Sin embargo, la Audiencia consideró que:

“[...] no aparece demostrado que esas lluvias causaran las ‘inundaciones catastróficas producidas como consecuencia del desbordamiento de ríos y arroyos, siempre que los daños no se hayan producido por la fragilidad de las defensas que hubiera debido construir el contratista en cumplimiento del contrato’ (artículo 46.5 de la Ley de contratos del Estado de 8 de abril de 1965), como causa de fuerza mayor.” (FJ 5)

En este sentido, el Consejo de Estado, a cuyo dictamen se remitía la resolución recurrida, había declarado que:

ÓRGANO: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Octava.
Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 497/2000
FECHA: 22 de octubre de 2002
PONENTE: Ilma. Sra. Elisa Veiga Nicole
DEMANDANTE: Empresa constructora
DEMANDADO: Administración General del Estado
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 46.5 de la Ley de contratos del Estado de 8 de abril de 1965
DOCTRINA: Reclamación de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en obras de mejora de una carretera por fuertes lluvias. Indemnización procedente sólo en casos de fuerza mayor. Daños extraordinarios (FJ 5)

“[...] las obras sufrieron diversos daños consistentes en aterramientos, descalses de obras de fábrica y arrastres, a consecuencia de unas inundaciones debidas a lluvias –de 40 litros por metro cuadrado– que no fueron extraordinarias ni excepcionales por su caudal y que, en consecuencia, no puede calificarse de fuerza mayor, calificación ésta reservada para casos irresistibles, de conformidad con lo prevenido en el artículo 46.5 de la Ley de 8 de abril de 1965, de contratos del Estado.” (FJ 4)

La Audiencia recordó el contenido del artículo 46.5, que dispone que “[...] la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdida, averías o perjuicios ocasionados en las obras sino en los casos de fuerza mayor” (FJ 5).

A lo anterior, la Audiencia añadía que:

“[...] es regla general que el contratista debe soportar los riesgos de la ejecución y la existencia de casos de fuerza mayor debe ser probada por quien la alega, según la distribución de la carga de la prueba.” (FJ 5)

Según la Audiencia dicho extremo no quedaba suficientemente probado, lo que dio lugar a que desestimara el recurso interpuesto.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Declaración de la necesidad de ocupación de un inmueble. Impugnación indirecta de la modificación puntual de un plan especial de un casco medieval

SUPUESTO DE HECHO

Un particular interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de 11 de junio de 1999 por el que se declaraba la necesidad de ocupación de la huerta, patio y ciertas plantas del inmueble número 14 de la calle 1 de dicho municipio. Indirectamente, en los términos del artículo 26 de la LJ, se impugnaba el acuerdo del Pleno del ayuntamiento de dicho municipio por el que se aprobó con carácter definitivo la modificación puntual del plan especial del casco medieval, que declaraba como unidad de actuación de gestión pública el inmueble número 14 de la calle 1, precisando que tal inmueble quedaba incorporado a la normativa de gestión pública del artículo 67 del plan con la denominación de “unidades de actuación de gestión pública”. El recurrente solicitaba la nulidad de la modificación indicada en cuanto a la inclusión del inmueble en el ámbito de nulidad de actuación por gestión pública.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó el recurso.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 2363/99
RESOLUCIÓN: 945/2002
FECHA: 31 de octubre de 2002
PONENTE: Ilmo. Sr. Ángel Ruiz Ruiz
DEMANDANTES: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9, 14 y 24 de la CE; artículo 26 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ), y artículo 49 de la Ley del suelo (LS)
DOCTRINA: Declaración de la necesidad de ocupación de un inmueble. Impugnación indirecta de la modificación puntual de un plan especial de un casco medieval (FJ 5, 7, 10, 11, 12 y 13)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó las distintas alegaciones hechas por el recurrente, todas ellas contra la aprobación de la modificación puntual del plan especial del casco medieval.

Acerca de la posibilidad de que la modificación podría no haberse tramitado de acuerdo con el artículo 49 de la LS, que establece que las modificaciones de los planes se sujetarán a las mismas disposiciones para su formación, el Tribunal aclaró que [...] en dicho ámbito no se pueden articular deficiencias procedimentales vinculadas al producto normativo indirectamente impugnado" (FJ 5).

En cuanto a la alegada falta de justificación de la modificación en relación con lo que la jurisprudencia ha considerado potestad discrecional del planificador, el Tribunal consideró que la calificación hecha de dicho terreno aparecía racionalmente fundada: "[...] dotar a las diferentes barriadas de este tipo de espacios para el descanso y disfrute de la población, comunicación peatonal" (FJ 7). El Tribunal se manifestó en los siguientes términos:

"Aquí hemos de partir de los antecedentes que se trasladan por la recurrente y los que se desprenden del expediente administrativo, y por ello tenemos que valorar, como hace la Administración, que tras diez años de vigencia del plan especial, con una previsión de veinte años para su desarrollo, no se había activado la rehabilitación de los inmuebles afectados por la modificación, siendo claro que no podía considerarse como relevante agotar el plazo para activar la intervención pública, en concreto en relación con la inclusión de determinados inmuebles en las unidades de actuación de gestión pública y consiguiente actuación por expropiación. (FJ 7)

"[...] se considera que justificación suficiente a estos efectos el hecho de que tras el tiempo transcurrido no se había activado ninguna intervención desde la perspectiva privada, por más que esta tuviera un rango de preferencia en el propio planeamiento; [...] y ello vinculado a que no se había dado salida a actuaciones negociadas previas, que ha de considerarse en principio tenían soporte en la ausencia de iniciativa privada para llevar a cabo la rehabilitación; como defiende la Administración la fecha de horizonte de los veinte años de la iniciación de la vigencia de un plan, ha de considerarse como fecha de referencia, sin que se pueda exigir a la administración municipal o a la sociedad encargada de la gestión del plan especial esperar a que finalice el plazo para adoptar medidas rehabilitadoras necesarias en consonancia con las inversiones, importantes, en obras de infraestructura, urbanización y saneamiento, que tanto para los sistemas y espacios de carácter público como para la edificación en los solares que cuente con edificios deteriorados se hayan realizado, con el fin de adecuar las viviendas a las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas en la normativa vigente." (FJ 7)

A continuación, el Tribunal analizó la posible contradicción del artículo 13 del plan de actuación del plan especial, que precisa que cuando se pretenda una fórmula de gestión basada en el protagonismo de las acciones privadas asistidas por la Administración con un número superior a 4.000 viviendas, obligaría a considerar un periodo de tiempo suficientemente amplio hasta conseguir la rehabilitación mayoritaria de la zona, y que en este caso el horizonte establecido por el plan especial es de veinte años desde la vigencia del mismo. En este caso, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] estamos ante la pasividad de los propietarios particulares [...], lo que según el ayuntamiento vendría a ser corroborado con que ninguno de los afectados por el expediente de modificación efectuó alegaciones en el trámite de información pública del expediente de modificación, dado que exclusivamente las efectuó la recurrente respecto al inmueble número 14 de la calle 1." (FJ 10)

Seguidamente, el Tribunal analizó la alegación relativa a la contradicción de la normativa del plan especial de la modificación artículo 67. El recurrente consideraba que el plan había sido vulnerado al rechazar que se dieran los presupuestos de dificultad en la gestión y al hecho de soportar afecciones mayores, circunstancias que el recurrente entendía que no concurrían en el caso de autos por tratarse de una unidad básica en cada caso.

Según el Tribunal la modificación del contenido de dicho precepto invocada por el recurrente estaba justificada "[...] en la falta de iniciativa privada que habría quedado demostrada por el paso del tiempo desde la aprobación del plan especial, en torno a los diez años" (FJ 11).

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"El hecho de que no se hubiera ordenado por el ayuntamiento ninguna obra de rehabilitación o conservación, [...] no es obstáculo a [la] modificación indirectamente recurrida, dado que la propiedad de dicho inmueble no ha trasladado manifestación alguna en cuanto a llevar a cabo la labor rehabilitadora, incluso ello con las ayudas públicas al efecto establecidas, dado que sólo constan las alegaciones finales [...] cuando se abrió el trámite de la modificación puntual del plan especial, tras el traslado consecuencia de la aprobación inicial [...]" (FJ 11)

En relación con la existencia de desviación de poder (con infracción de los artículos 9,14 y 24 de la CE) invocada por el recurrente, quien consideraba que lo único que el ayuntamiento pretendía con la mencionada modificación era hacerse con la propiedad del inmueble a fin de realizar las obras correspondientes para la utilización como viviendas y locales comerciales junto a la finca colindante, el Tribunal indicó lo que sigue:

"Reiteraremos que en nuestro caso hemos de estar a los motivos que se trasladan en el expediente de modificación, sin que pueda considerarse relevante la idea de actuación discriminatoria en relación con las más de 4.000 viviendas que, como dice el plan especial, existen en el casco histórico, dado que en este caso hemos de concluir que la intervención rehabilitadora en el entorno inmediato del número 14 de la calle 1, así como en su ámbito físico, se consideraba procedente por el tiempo transcurrido y la ausencia de intervención privada para conseguir los objetos del plan especial; en relación con ello, en los criterios básicos de rehabilitación del plan se va a incluir el de conseguir la viabilidad económica de las actuaciones de rehabilitación, estableciendo la forma de actuación que garantice la necesaria participación de la acción privada en el proceso, vinculado a la envergadura económica de la operación rehabilitadora, dado que las actuaciones públicas deben tener un carácter subsidiario y puntual, previendo que el auténtico motor de la rehabilitación esté en los propios habitantes del casco histórico, quienes que deberían asumir el protagonismo de dicha rehabilitación; en el presente caso podemos concluir, en lo que aquí interesa y en relación con la modificación puntual, que la iniciativa privada, la acción privada de los propietarios o habitantes del casco histórico, no se habría articulado lo que justifica la intervención pública en los términos impuestos por la modificación puntual indirectamente impugnada." (FJ 12)

Finalmente, el recurrente consideraba que la actuación mediante gestión pública a través del sistema de expropiación "[...] sólo se permite por la Ley del suelo cuando se dan razones de urgencia o necesidad que lo exijan en sustitución de los sistemas de compensación y cooperación, sin que en este caso estén justificadas las razones de urgencia o necesidad". En relación con dicha alegación, el Tribunal indicó recordó en primer lugar que la legislación había ido flexibilizando la posibilidad de que la Administración incorporara distintos sistemas de actuación, pudiéndose optar entre los sistemas de compensación, cooperación y expropiación (artículo 5.5 de la Ley 5/1998,

de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana, del País Vasco). Sin embargo, el Tribunal puntualizó que la justificación de la medida indicada se hallaba en el artículo 75 del plan especial en relación con el artículo 67 respecto a las unidades de actuación y gestión públicas, dado que era lo querido por el plan. El Tribunal declaró que:

“[...] por así quererlo el plan especial va a implicar que la gestión de las mismas se lleve a cabo por el sistema de expropiación, por así venir expresamente previsto en el plan especial; esto es, la modificación aquí recurrida sólo de forma indirecta incide en el sistema de actuación, el sistema de expropiación, y ello en cuanto incluye al inmueble en el ámbito del artículo 67 como unidad de actuación de gestión pública; no debemos olvi-

dar que la intervención se ha acordado en relación con los números pares 14 a 17 de la calle 1 en relación con la manzana S, todos ellos en colindancia, y que fue sobre los que se dispuso intervenir en los términos acordados por la modificación puntual con la finalidad rehabilitadora querida por el plan especial y no llevado a cabo por la iniciativa privada.” (FJ 13)

Por lo expuesto, el Tribunal acordó desestimar el recurso contencioso-administrativo, declarando la validez del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, por el que se aprobó con carácter definitivo la modificación puntual del plan especial del casco medieval, impugnado indirectamente, y declarando asimismo la conformidad a derecho del acuerdo directamente recurrido.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Ordenanza de concesión de vados. Resarcimiento de daños y perjuicios en caso de revocación de una licencia de vado

SUPUESTO DE HECHO

Un particular interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Burgos por el que se aprobaba la Ordenanza de concesión de vados de dicho municipio. El recurrente solicitaba que se declarara la nulidad por no ajustarse a derecho de los artículos 3.1, 5, 8, 12, 21 y 24 de dicha ordenanza.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó parcialmente el recurso en relación con el artículo 3 de la mencionada ordenanza, relativo a la naturaleza de las licencias de vado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente consideraba que el artículo 3 de la citada ordenanza era contrario a la doctrina jurisprudencial aplicable. El mencionado precepto dispone que “[...] la licencia por vado ha de entenderse concedida a precario, revocable por razones de interés público, sin derecho a indemnización, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros” (FJ 2).

Al respecto, en relación con la exclusión del derecho a indemnización, el Tribunal declaró que ello era inadmisibile, por cuanto “[...] si la ordenanza está previendo la generalidad de los supuestos como manifiesta el propio ayuntamiento y no desciende a los casos singulares no es admisible que con dicho carácter general se excluya el derecho a indemnización en todos los casos”. El Tribunal se remitió a lo declarado anteriormente por el Tribunal Supremo, “[...] sin desconocer la existencia de una corriente jurisprudencial que se orienta en el sentido de admitir cláusulas de precariedad en dicha clase de licencias [...] la revocación de una licencia por adopción de nuevos criterios de apreciación exige, en principio, el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causen al titular de la misma, como resulta del artículo 16.3 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales” (FJ 2).

Por tanto, “[...] la regla ha de ser la contraria a la establecida por el ayuntamiento [...] aunque cabrá también en casos singulares la exclusión de esa indemnización, por que no se den los presupuestos de la misma, pero no cabe que *a priori* se excluya todo tipo de indemnización con carácter general” (FJ 2).

En consecuencia, el Tribunal estimó dicho motivo de casación. No sucedió lo mismo con los demás, que fueron desestimados.

En relación con el artículo 5 de la ordenanza, el recurrente alegaba que no era admisible que se exigiera el proyecto técnico necesario para la concesión del vado a parte del proyecto técnico para la concesión de licencias urbanística. El Tribunal no admitió dicho motivo por cuanto ambos proyectos técnicos se centraban en aspectos distintos. El Tribunal indicó lo siguiente:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Castilla y León.

Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 290/2001

RESOLUCIÓN: 23/2003

FECHA: 31 de enero de 2003

PONENTE: Ilma. Sra. Begoña González García

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Burgos

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 16.3 y 22.3 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL)

DOCTRINA: Ordenanza de concesión de vados. Resarcimiento de daños y perjuicios en caso de revocación de una licencia de vado (FJ 2, 3, 4 y 5)

“[...] el proyecto que contempla la ordenanza es aquel que se refiere a las obras a realizar en la acera y en los bienes de dominio público para permitir el acceso del vado, lo cual ni se contempla ni tiene porque contemplarse en el proyecto de obra del inmueble o local.” (FJ 3)

En cuanto al artículo 8 de la ordenanza, el recurrente consideraba que al establecer distintas clases de vados se ignoraba que la licencia de vados iba implícita en la de apertura o de actividad del local conforme la doctrina jurisprudencial aplicable. Al respecto, el Tribunal aclaró que había supuestos en los que podía no solicitarse o no ser necesario el vado. Antes de centrarse en las licencias de vado, en relación con la sucesión temporal de petición de licencias, el Tribunal desmintió que toda licencia de obra llevara implícita la de actividad, aclarando que “[...] se establece una sucesión temporal pero nunca que el otorgamiento de una licencia conlleve implícitamente el otorgamiento de otra” (artículo 22.3 del RSCL). En relación con el caso estudiado el Tribunal declaró que “[...] la ordenanza ha de prever la generalidad de los mismos [supuestos] y no los particulares que deberán resolverse con esa sucesión temporal”. Dicho ello, el Tribunal se remitió a una sentencia del Tribunal Supremo, en la que éste había declarado lo siguiente:

“[...] en los supuestos en los que la naturaleza de la actividad desarrollada en el local al cual el vado procura acceso lo exija inexcusablemente, cual sería el caso de un garaje o un taller de reparación de automóviles, hay que entender concedido el permiso de acceso con la licencia de instalación, pues sería contrario al principio de buena fe que debe presidir toda actuación administrativa y pugnaría con la propia naturaleza de la licencia,

que autorizada la instalación de un garaje o de un taller de automóviles, se dejase pendiente el acceso para los vehículos de una mera tolerancia de la Administración.” (FJ 3)

El recurrente alegaba asimismo que en el artículo 8, apartado A, requisito 1 se exigía el cumplimiento de las condiciones al uso de garajes de aparcamiento previstas en el PGOU vigente, ignorando las licencias concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicho PGOU. El Tribunal estudió dicha alegación juntamente con la formulada con respecto al artículo 24, que el recurrente consideraba que como disposición transitoria debía permitir que las concesiones de vado vigentes a su entrada en vigor fueran dejadas a salvo y permanecieran en el tiempo sin necesidad de que en el plazo de un año se ajustaran a la nueva ordenanza, por cuanto en algunos supuestos eso sería imposible.

El Tribunal consideró que lo indicado por el recurrente era contrario a la naturaleza de las licencias. En este sentido, el Tribunal transcribió lo declarado por el Tribunal Supremo:

“[...] por mucho tiempo que los recurrentes o sus causantes hayan usado la vía litigiosa como paso para los vehículos, ningún derecho adquirido pueden deducir de tal hecho, porque los bienes de dominio público son inmunes frente a la posesión continuada de los particulares, que en ningún caso pueden originar para los poseedores la adquisición de derechos reales por usurpación.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal desestimó la alegación del recurrente en relación con la discriminación que podía suponer al titular de vado horario o permanente que se limitara a ocho o veinticuatro

horas. Al respecto, partiendo de la base de que no puede hablarse de discriminación cuando se trata de supuestos de hecho diversos, el Tribunal declaró lo siguiente:

“El supuesto de vado horario o permanente es diferente a los vados correspondientes de uso permanente a los que se refiere el apartado A de ese artículo 8 de la ordenanza, del apartado B relativo al vado horario, como del apartado c, para viviendas unifamiliares, por ello no partiendo del mismo presupuesto, no cabe hablar de desigualdad generadora de situación discriminatoria.” (FJ 5)

En atención a lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por la revocación de licencias, ver las siguientes sentencias: STS de 13 de diciembre de 1999 (Aranzadi 1999/9540); STS de 18 de marzo de 1993 (Aranzadi 1993/1773); STS de 7 de abril de 1989 (Aranzadi 1989/2917), y STS de 9 de diciembre de 1992 (Aranzadi 1992/9829).

Sobre la relación entre la licencia de apertura o de actividad del local y la licencia de vado, ver la siguiente sentencia: STS de 6 de julio de 1993 (Aranzadi 1993/5564).

Declarando que los bienes de dominio público son inmunes frente a la posesión continuada de los particulares, ver la siguiente sentencia: STS de 4 de junio de 1997 (Aranzadi 1997/5016).

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Enajenación por concurso de las acciones de dos sociedades mercantiles de íntegra propiedad de una Diputación Provincial y gestoras de servicios públicos de su competencia

SUPUESTO DE HECHO

Un particular interpuso un recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos plenarios de la Diputación Provincial de Valencia por los que se resolvía aprobar definitivamente los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas y la convocatoria del concurso para la enajenación de 3.047 acciones de una empresa de aguas y 637 de una empresa de gestión de residuos. En dicho proceso fueron parte la Diputación de Valencia y la mercantil V.

El recurrente consideraba que el sistema por el que se había procedido a la enajenación de las acciones era contrario a Derecho por cuanto, al tratarse de bienes patrimoniales de la Diputación, debían enajenarse mediante subasta. Al fijarse en el concurso un límite de valoración a la proposición económica, el recurrente entendía que se dejaba de obtener el precio por las acciones que se obtendría mediante subasta.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó de cuál de las dos formas debían haberse enajenado las acciones. A tal efecto, en primer lugar se centró en la calificación del negocio jurídico, para posteriormente determinar el régimen aplicable al mismo.

En cuanto a la calificación del negocio jurídico, el Tribunal negó que se tratara de un contrato administrativo, pues “[...] ni se concede el servicio para su gestión indirecta por el adjudicatario, ni se formula netamente la constitución de una fórmula de gestión mixta por gestión interesada o sociedad mixta” (FJ 2). Sin embargo, como indicó el Tribunal, en el presente caso se planteaba el problema de que “[...] el resultado de la transmisión

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 3265/1998

RESOLUCIÓN: 23/2003

FECHA: 31 de enero de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Mariano Ayuso Ruiz-Toledo

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Diputación Provincial de Valencia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 80 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL)

DOCTRINA: Enajenación por concurso de las acciones de dos sociedades mercantiles de íntegra propiedad de una Diputación Provincial y gestoras de servicios públicos de su competencia (FJ 2, 4 y 5)

de las acciones va a ser —en la intención manifestada por la Administración provincial en el expediente— la existencia final de una sociedad mixta, para lo que se previene, incluso, la aprobación posterior por los órganos societarios de unos nuevos estatutos sociales” (FJ 2).

Dicho lo anterior el Tribunal recordó que:

“[...] la fórmula de gestión de los servicios públicos de forma indirecta o de cogestión (en los términos legales de gestión inte-

resada o sociedad de economía mixta) debe de ser establecida en la forma prevista normativamente y de manera expresa, por lo que la forma de enajenación parcial de las acciones no es admisible legalmente como procedimiento de otorgamiento de la cualidad de concesionario o de gestor compartido [...]" (FJ 4)

Para ello, según el Tribunal, "[...] tendría que haberse dispuesto una de las expresadas fórmulas y ello mediante la adopción formal de los acuerdos plenarios en ese orden y tramitación de los expedientes de contratación conforme a las normas que regulan su establecimiento" (FJ 4).

Al respecto, el Tribunal recordó la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la obligatoriedad de "[...] seguir los trámites de la legislación local —con los requisitos de procedimiento, acuerdos plenarios, autorizaciones y subasta— para la enajenación de bienes patrimoniales, sin que la utilización de los principios esenciales de la legislación de contratos releve de ello" (FJ 4).

Sentado lo anterior, el Tribunal pasó a analizar cuál debería ser la normativa aplicable para la enajenación de las acciones, indicando al respecto que, de entenderse que era de aplicación el artículo 207 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RCL 1975, 2597), por el que se aprobó el Reglamento general de contratación del Estado, sería de aplicación el procedimiento de concurso para la enajenación de acciones, lo que "[...] implicaría un serio escollo a la aplicación del artículo 80 del Texto refundido de régimen local pues supondría la prevalencia del sistema concursal sobre la subasta al tratarse del propio del contrato de gestión de servicios públicos y debiendo entender que prima la norma sobre contratación (a pesar de su menor rango jerárquico) en virtud del principio de especialidad" (FJ 5).

Sin embargo, como indicó el Tribunal, dicho precepto no se encuentra en vigor, lo que le permitía concluir lo siguiente:

"[...] no se aprecia la concurrencia de norma alguna que obste la aplicación del artículo 80 del texto refundido antes citado y, siendo así, que dicha norma es imperativa para la enajenación de los bienes patrimoniales —cual las acciones—, [...] no ha lugar a plantearse la compleja búsqueda de una regulación analógica para la enajenación de las acciones en la legislación de contratos administrativos, pues —como queda dicho anteriormente— hay norma expresa sobre ello y si se trataba del establecimiento de una de las fórmulas del artículo 157 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (actual artículo 156 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas) debía de haberse procedido a la constitución de la fórmula de gestión indirecta de acuerdo con las normas procedimentales de adopción de los acuerdos pertinentes de la legislación local y tramitar el expediente de contratación conforme a las normas del título II, del libro II de la Ley de contratos." (FJ 5)

Admitida la necesidad de proceder a la enajenación de las mencionadas acciones mediante subasta, el Tribunal estimó el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la necesidad de subasta en la enajenación de bienes patrimoniales, ver las siguientes sentencias: STS de 28 de febrero de 1997 (Aranzadi 1997/1300), y STS de 5 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/1661).

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Naturaleza de la adjudicación de un programa de actuación urbanística a un urbanizador

SUPUESTO DE HECHO:

El Pleno del Ayuntamiento de Moncada aprobó definitivamente el Programa para el Desarrollo de las Actuaciones Integradas (PAI) del Sector NPI-I, Polígono Industrial Moncada III, suelo industrial, y se adjudicaba su ejecución por gestión indirecta al agente urbanizador P, una sociedad mercantil presidida por el alcalde de dicho municipio.

Dicha sociedad había presentado ante el mencionado ayuntamiento una iniciativa (alternativa técnica) de desarrollo del Sector NPI-I, Polígono Industrial Moncada III, aportando los correspondientes proyectos. Abierta la información pública, ésta finalizó sin que fuera presentada ninguna alternativa técnica, siendo presentadas dos propuestas jurídico-económicas por parte de la mercantil P y de M para el desarrollo de una única alternativa técnica. Finalmente, se adjudicó el desarrollo por gestión indirecta a la mercantil indicada.

Contra el mencionado acuerdo, la mercantil M interpuso un recurso contencioso-administrativo, al considerar que la adjudicación era arbitraria y parcial, por apreciar defectos formales y por haber incurrido en desviación de poder, solicitando la anulación de dicha resolución y, en el supuesto que fuera imposible una nueva adjudicación, que se le indemnizara por los daños y perjuicios sufridos.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso, anulando y dejando sin efecto la resolución, y reconociendo el derecho del recurrente a ser indemnizado en 1.622,73 euros en concepto de gastos y en 238.067,51 euros en concepto de lucro cesante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Acerca de la cuestión planteada el Tribunal advirtió de antemano que era consecuencia de "[...] un sistema tan poco riguroso

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 1180/1998

RESOLUCIÓN: 137/2003

FECHA: 31 de enero de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Luis Manglano Sada

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Moncada

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 120 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, y artículo 29.8 de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística

DOCTRINA: Naturaleza de la adjudicación de un programa de actuación urbanística a un urbanizador (FJ 3 y 4)

como legalmente cuestionable". Al respecto, el Tribunal se remitió a lo declarado por el mismo su Sentencia 1322/2002, de 1 de octubre, cuyos fundamentos, transcritos en gran parte, sirvieron al Tribunal para llegar a la solución del caso.

En la resolución mencionada, el Tribunal analizaba la figura del urbanizador, del que decía lo siguiente:

"El urbanizador, cuando no lo sea la propia Administración, es una persona, pública o privada, que asume la realización de una función pública cual es la urbanización del suelo, la producción de infraestructuras públicas de urbanización. [...] Por otra parte, en cuanto asume la realización de la obra pública de urbaniza-

ción, el objeto de su cometido será el del contrato de obras, pues según el artículo 120 de la LCAP se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos. Específicamente contempla la LCAP la figura del contrato de concesión de obras públicas en su artículo 130 [...] El planteamiento que se postula está avalado por la legislación de otras comunidades autónomas [...]” (FJ 3)

En esa misma resolución, el Tribunal declaró que:

“[...] la conexión que existe entre el urbanizador y el programa no puede justificar que, en aras de la competencia que la comunidad autónoma ostenta en materia de urbanismo, la regulación del urbanizador quede desvinculada de la legislación básica en materia de contratos.” (FJ 3)

Tras ello el Tribunal concluyó que:

“En razón de lo expuesto, entiende esta sala, que el amparo que la regulación del programa para el desarrollo de las actuaciones integradas puede encontrar en la competencia que la comunidad autónoma ostenta en materia de urbanismo, no puede hacerse extensivo a la regulación que se hace del urbanizador, que ha de quedar regulada en función de su auténtica naturaleza.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal se refirió a la naturaleza jurídica contractual de la adjudicación de un programa a un urbanizador, indicando, en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que “[...] la adjudicación a un particular de un plan de urbanización que permite a su titular la realización directa de una obra pública, es un contrato de obra, y ha de respetarse en cualquier caso la normativa comunitaria sobre contratación administrativa”. De modo que, según el Tribunal, “[...] nos encontramos ante un contrato de obra, puesto que el poder adjudicador es una Administración pública, la obra es de urbanización [...]” (FJ 3).

Por su parte, en relación con la figura del urbanizador, el Tribunal declaró que:

“[...] la figura del urbanizador, en tanto se compromete a entregar a la Administración obra pública a cambio de un precio [...] encaja perfectamente dentro de lo dispuesto en el artículo 120 del Texto refundido de la legislación de contratos antes citada cuando dispone que a los efectos de esta ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea [...] b) [...] actuaciones urbanísticas u otros análogos.” (FJ 3)

Sentado lo anterior, el Tribunal demostró que la LRAU debía entenderse inaplicable por contrariedad al Derecho comunitario. Al respecto, citó varias sentencias del TJCE, en las que éste había descrito el alcance de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno. Así, ese Tribunal ha declarado que:

“[...] sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial que redujera la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias.” (FJ 3)

Dicho principio, declaró en otra ocasión el TJCE, “[...] impone, no sólo a los órganos jurisdiccionales, sino a todos los órganos del Estado miembro, la obligación de dar eficacia plena a la norma comunitaria”. Por su parte, en cuanto a las normas afectadas por el mismo, el Tribunal declaró que “[...] no importa la

naturaleza de la norma interna (sea legislativa, sea un acto administrativo) pues, en todo caso, debe inaplicarse si es contraria al Derecho comunitario [...]”, de modo que “[...] las disposiciones administrativas de Derecho interno antes mencionadas no comprendan únicamente normas generales y abstractas, sino también las resoluciones administrativas individuales y concretas” (FJ 3).

En virtud de la mencionada jurisprudencia, el Tribunal (en la sentencia citada) consideró que la norma autonómica antes mencionada debía considerarse nula de pleno derecho. El Tribunal declaró siguiente:

“En consecuencia, si la legislación autonómica ha sido desplazada, lo ha sido también la previsión reglamentaria que en el artículo 29.8 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre de la Generalitat Valenciana, reguladora de la actividad urbanística se dispone, que, además, como sostiene la actora, en ningún caso podría entenderse de competencia local, en virtud de la competencia residual establecida para los intereses propios de los ayuntamientos por la legislación local, dado que es materia que corresponde en exclusiva al Estado y el desarrollo a la Administración autonómica. En consecuencia, y desde la perspectiva que a nosotros interesa en el caso analizado, es evidente la nulidad de pleno derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.” (FJ 3)

En cuanto al caso concreto enjuiciado, el Tribunal entendió que la decisión de adjudicar la gestión a la mercantil P “[...] fue arbitraria y basada en motivos tan injustificados como inciertos, habiendo sido objetiva y motivadamente acreditado en este proceso que la propuesta jurídico-económica presentada por M era más adecuada y beneficiosa para el municipio de Moncada y para los intereses públicos que su ayuntamiento debió defender” (FJ 4).

Como declaró el Tribunal:

“[...] tanto desde el plano estrictamente legal, que comporta la nulidad de las normas autonómicas indebidamente aplicadas, como desde la concreta realidad examinada, deberá anularse la resolución impugnada y declarar indebidamente adjudicada a P el PAI y la condición de agente urbanizador.” (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal consideró que la mercantil recurrente debía ser indemnizada por los daños y perjuicios “[...] al no haber podido ser la adjudicataria pese a presentar una propuesta jurídico-económica más viable y beneficiosa que la de su oponente, por lo que no tiene el deber de soportarlos” (FJ 4).

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso, en los términos indicados en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre un supuesto similar, de la misma Sala, ver la siguiente sentencia: STSJV 1322/2002, de 1 de octubre.

Sobre el alcance de la competencia en materia de urbanismo, ver la siguiente sentencia: STC de 20 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/61).

Sobre la naturaleza contractual de la adjudicación de un programa a un urbanizador, ver la siguiente sentencia: STJCE de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001/194).

Sobre el principio de primacía del Derecho comunitario, ver las siguientes sentencias: STJCE de 28 de junio de 2001 (asunto 118/00) (TJCE 2001, 182), caso Gervais Larsy e Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI); STJCE de 29 de abril de 1999 (TJCE 1999/93), caso Erich Ciola y Land Vorarlberg (asunto C-224/97); STJCE de 23 de noviembre de 1999, caso Jean-Claude Arblade y otros (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96 (TJCE 1999, 278), y STJCE de 6 de diciembre de 2001 (TJCE 2001, 339), caso República Helénica contra Comisión (asunto C-373/99).

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Denegación de la solicitud de copia de ciertos documentos a un concejal. Derecho a participar en asuntos públicos. Derecho a mantenerse en los cargos públicos sin perturbaciones ilegítimas. Derecho a obtener cuantos antecedentes, datos o informes obren en poder de los servicios de la Administración

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Salvaleón dictó una resolución denegatoria de la solicitud de copia de ciertos documentos interesados por un concejal en relación con una licencia de apertura para matadero.

Contra dicha resolución el concejal interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando que fuera declarada la nulidad de la resolución impugnada y se reconociera su derecho a obtener la documentación.

El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura estimó el recurso, anulando la resolución del Ayuntamiento de Salvaleón y reconociendo el derecho del recurrente a que le fuera entregada la documentación mencionada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó en primer lugar el alcance del artículo 23.2 de la CE, que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos con los requisitos que marcan las leyes. De este derecho, el Tribunal señaló que "[...] garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que quienes han accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga" (FJ 2).

En relación con el desarrollo normativo del derecho, el Tribunal indicó que el artículo 77 de la LBRL, cuyo contenido se desarrolla por los artículos 14 y siguientes del REL, reconoce el derecho de los miembros de las corporaciones locales a "[...] obtener del alcalde cuantos antecedentes, datos o informes obren en poder de los servicios de la corporación" (FJ 2).

Sentado lo anterior el Tribunal estudió si la negativa a facilitar la documentación solicitada había producido una vulneración del derecho fundamental indicado. Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] las peticiones de documentos e informes formuladas por el demandante al alcalde del ayuntamiento de que forma parte como concejal ha de considerarse precisa para el desarrollo de su función [...]" (FJ 2)

En consecuencia,

"[...] la negativa o evasiva de aquél, ha de reputarse vulneradora del ordenamiento jurídico, por cuanto no puede calificarse de un uso desmedido o abuso del derecho que le asiste al concejal recurrente dicha petición referida a un específico asunto municipal, cuyo conocimiento puede, sin duda, resultar necesario a aquél para el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras y de control." (FJ 2)

En cuanto a la petición de información, el Tribunal indicó que no se podía considerar una solicitud abusiva ni podía suponer una vulneración de la intimidad. Igualmente, el Tribunal puntualizó que el deber de los miembros de la corporación de guardar reserva acerca de "[...] las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, [...] no impide que se pueda entregar copia de la información solicitada al concejal demandante [...]" (artículo 16.3 del REL), pues "[...] dicho precepto no establece una prohibición de entregar copia de la documentación a los miembros de la corporación local, sino una obligación legal de guardar sigilo en relación con la información que se les facilite por ser miembros de esa corporación, así, como evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada" (FJ 4).

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 418/2000

RESOLUCIÓN: 1900/2002

FECHA: 19 de noviembre de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Luis Daniel Ruiz Ballesteros

DEMANDANTE: Concejal

DEMANDADO: Ayuntamiento de Salvaleón

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23.2 de la CE; artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), y artículos 14 y siguientes del Reglamento de ordenación, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (REL)

DOCTRINA: Denegación de la solicitud de copia de ciertos documentos a un concejal. Derecho a participar en asuntos públicos. Derecho a mantenerse en los cargos públicos sin perturbaciones ilegítimas. Derecho a obtener cuantos antecedentes, datos o informes obren en poder de los servicios de la Administración (FJ 2 y 4)

El Tribunal aclaró que, si bien el artículo 15 del REL se refería genéricamente a "información" y no a la "expedición de copias o fotocopias" debía comprenderlas, por cuanto "[...] si informar de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, es enterar, dar noticia de una cosa, es claro, que la mejor forma, o uno de los modos de informar es dar copia del escrito sobre el que se ha de informar [...]" (FJ 4).

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso planteado, en los términos expuestos en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos, que garantiza el derecho de que quienes acceden a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas, ver las siguientes sentencias: STC 32/1985, de 6 de marzo (Aranzadi 1985, 32); STC 220/1991, de 25 de noviembre (Aranzadi 1991/2201); STC 225/1992 (Aranzadi 1992/225); STS de 28 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997/4286), y STS de 4 de abril de 1997 (Aranzadi 1997/2907).

Sobre la inclusión de la expedición de copias y fotocopias en la referencia genérica a la información, ver la siguiente sentencia: STS de 27 de diciembre de 1994 (Aranzadi 1994/10459).

Tribunal Superior de Castilla y León. Enajenación de una parcela por el procedimiento de subasta. Patrimonio municipal del suelo. Derecho a una vivienda digna

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Salamanca desestimó las alegaciones formuladas por una asociación ecologista contra el pliego de cláusulas administrativas particulares reguladoras de la enajenación, mediante subasta pública, de una parcela. Tras ello, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Salamanca acordó declarar válida la licitación y adjudicarla a una empresa promotora en 1.283.875.240 pesetas, IVA incluido por ser el mejor postor.

Contra los acuerdos mencionados, la asociación ecologista interpuso un recurso contencioso-administrativo, solicitando que se declarara la nulidad pleno derecho de la adjudicación de la parcela y que se condenara a la empresa promotora a la devolución de la misma al Patrimonio Municipal del Suelo.

La asociación ecologista consideraba que los pliegos litigiosos y la adjudicación que de ellos traía causa eran nulos de pleno derecho por no haberse destinado el terreno enajenado a ninguno de los previstos por el artículo 125 de la LUCI, entre los que no se encuentra la construcción de viviendas de lujo o “libres”, por hacerse la enajenación por subasta y no por concurso, vulnerándose así el artículo 127 de la LUCI y por no garantizarse que los fondos obtenidos con la enajenación fueran a ser destinados a los fines del artículo 125 de la LUCI, los únicos posibles.

Por su parte, el ayuntamiento alegaba que nada impedía la enajenación de los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo si el dinero que se obtenía de la venta de los mismos se destinaba a alguna de las finalidades previstas en el artículo 125 de la LUCI y que por ser tal fin un imperativo legal no era necesario recogerlo en el pliego de condiciones que regulaba su enajenación.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó el recurso, con imposición de costas al Ayuntamiento de Salamanca.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal destacó que la parcela que se pretendía enajenar formaba parte del Patrimonio Municipal del Suelo y que se trataba de una parcela de clase urbana, con un uso residencial. Asimismo, el Tribunal pudo constatar que dichas parcelas estaban destinadas a la construcción de viviendas que no constaba que estuvieran sujetas a ningún régimen de protección pública, de modo que se podía admitir que se trataba de viviendas “libres”.

Según el Tribunal, lo anterior le permitía anticipar que debería procederse a la estimación del recurso, por cuanto los actos recurridos eran contrarios a los artículos 276 y 280.1 de la LS (que goza del carácter de “norma básica”). Según el Tribunal, de dichos preceptos de deducía que:

“[...] los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo se destinarán a la conservación y ampliación del mismo (artículo 276.2) [...] y que los bienes de dicho Patrimonio, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, “deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico” (artículo 280.1).” (FJ 3)

En relación con el Patrimonio Municipal del Suelo, el Tribunal recordó que la jurisprudencia ha declarado que:

“[...] la ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectados al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las cor-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Castilla y León. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 1995/1999
RESOLUCIÓN: 1808/2002

FECHA: 5 de diciembre de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Javier Oraá González

DEMANDANTE: Asociación ecologista

DEMANDADO: Ayuntamiento de Salamanca

CODEMANDADO: Empresa promotora

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 47 de la CE; artículos 125 y 127.3 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León (LUCI), y artículos 276 y 280.1 de la Ley del suelo de 26 de junio de 1992 (LS)

DOCTRINA: Enajenación de una parcela por el procedimiento de subasta. Patrimonio municipal del suelo. Derecho a una vivienda digna (FJ 3 y 5)

poraciones han de perseguir según la legislación de régimen local [...] sino el específico y concreto de ‘prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones’ [...] y ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiada, que el producto de las enajenaciones de terrenos del patrimonio se destine no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo.” (FJ 3)

En consecuencia:

“[...] sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen, su caracterización y su finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales.” (FJ 3)

Como quiera que no se había previsto que los ingresos obtenidos de la enajenación fueran a destinarse a la “conservación y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo”, y al no exigirse que la parcela en cuestión se fuera destinar a la construcción de viviendas sujetas al régimen de protección pública o a otros de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico, el Tribunal consideró que los actos recurridos vulneraban las disposiciones mencionadas de la Ley del suelo.

En cuanto a la normativa autonómica invocada por el recurrente, el Tribunal entendió que también había sido vulnerada. Acerca de lo dispuesto por el artículo 125.1 de la LUCI, el Tribunal consideró erróneo el planteamiento del demandado en el sentido de que era suficiente que los ingresos obtenidos por la enajenación de la parcela fueran destinados a “[...] alguno de los fines de interés social recogidos en el artículo 125.1”, para que su actuación se pudiera considerar conforme a derecho. Al respecto, el Tribunal aclaró que:

“[...] sólo se permite la transmisión mediante enajenación o permuta ‘previo concurso público’ y que este concurso debe entenderse como tal y no como forma de licitación pública, de suerte que también es contraria a derecho la previsión, cláusula tercera, según la cual la adjudicación se efectuará mediante subasta pública.” (FJ 5)

En cuanto al artículo 127, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] sólo se permite la transmisión mediante enajenación o

permuta 'previo concurso público' y que este concurso debe entenderse como tal y no como forma de licitación pública, de suerte que también es contraria a derecho la previsión, cláusula tercera, según la cual la adjudicación se efectuará mediante subasta pública. (FJ 5)

"[...] no hay razones para creer que el legislador autonómico utilice un concepto tan definido y tan consolidado como el de concurso para referirse a un procedimiento de adjudicación diferente, el de subasta [...] En este sentido, es concluyente que el citado artículo 127.3 disponga que los pliegos señalarán, entre otras, los precios máximos de venta, previsión ésta que amén de ser incompatible con la subasta es justamente la que permite garantizar el destino de la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, en aras a hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, derecho que se contempla en el artículo 47 de la Constitución." (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal acordó desestimar el recurso interpuesto, exigiendo a la Administración demandada que llevara a cabo los actos necesarios para que las viviendas de la parcela estuvieran sujetas a algún régimen de protección pública e imponiéndole las costas, por apreciar temeridad en su posición.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el fin que debe tener el Patrimonio Municipal del Suelo, ver las siguientes sentencias: STS de 2 de noviembre de 1995 (Aranzadi 1995/8060); STS de 25 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/9408); STS de 31 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/8391), y STS de 2 de noviembre de 2001 (Aranzadi 2001/9687).

Sobre el derecho a una vivienda digna, ver la siguiente sentencia: STC 61/1997 (Aranzadi 1997/61).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Imposición de sanción muy grave a un policía local por disparar a un conductor que no llevaba permiso de conducir ni tenía certificado de seguro obligatorio. Admisión de la delegación de competencias para la imposición de sanciones muy graves aunque no se prevea expresamente

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de El Prat de Llobregat sancionó a un policía local a dos años y seis meses de suspensión por la comisión de una falta muy grave. El mencionado policía había disparado contra un vehículo con un conductor que no llevaba permiso de conducir y le faltaba el certificado de seguro obligatorio.

Contra dicha resolución, el policía local interpuso un recurso contencioso-administrativo. El juzgado de lo contencioso-administrativo estimó el recurso, anulando la sanción por entender que la potestad del alcalde en el caso de faltas graves no es delegable, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 54.3 de la LCAT, y condenando al ayuntamiento demandado a la íntegra reparación de la situación jurídica vulnerada, y concretamente al abono al recurrente de las retribuciones que en su consecuencia hubiere dejado de percibir.

Contra la mencionada sentencia, el Ayuntamiento de El Prat de Llobregat interpuso recurso de apelación, que fue estimado, revocando el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la sentencia recurrida y estimando en parte el recurso contencioso-administrativo, fijando la sanción a imponer en un año y un mes de suspensión de funciones y confirmando el resto de los pronunciamientos de la resolución administrativa impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, en primer lugar, el Tribunal interpretó el sentido que debía darse a la falta de habilitación legal expresa para la delegación de competencias para el caso de las faltas muy graves. Al respecto, declaró lo siguiente:

"[...] con sujeción a los requisitos formales y con los límites positivos señalados en la citada disposición legal, existe una habilitación omnicomprensiva residenciada en los respectivos órganos administrativos con capacidad delegatoria, la cual no necesita ser ratificada en cada uno de los textos legales que regulen competencias. Por el contrario, debe entenderse que la limitación o impedimento es lo que requiere disposición expresa." (FJ 2)

En cuanto a la posible existencia de alguna limitación expresa, el Tribunal indicó que:

"[...] no existe una causa expresa que impida la delegación, puesto que ni se recoge en la legislación básica, ni tampoco en el anteriormente transcrito artículo 54.3 de la Ley catalana de policías locales." (FJ 2)

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación 3/2002

RESOLUCIÓN: 95/2003

FECHA: 28 de octubre de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco José Sospedra Navas

DEMANDANTE: Policía local

DEMANDADO: Ayuntamiento de El Prat de Llobregat

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 48.t) y 54.3 de la Ley 16/1991, de policías locales de Cataluña (LCAT)

DOCTRINA: Imposición de sanción muy grave a un policía local por disparar a un conductor que no llevaba permiso de conducir ni tenía certificado de seguro obligatorio. Admisión de la delegación de competencias para la imposición de sanciones muy graves aunque no se prevea expresamente (FJ 2)

De modo que al respecto había que concluir que:

"[...] se trata de una atribución que puede ser objeto de delegación, siendo que la habilitación legal expresa para la delegación en caso de faltas graves o leves no supone una prohibición de la delegación en el caso de faltas muy graves, a salvo del caso de separación de servicio, que es competencia indelegable del Pleno." (FJ 2)

En lo que respecta al fondo del asunto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"La propia descripción de hechos pone de manifiesto que resultaba totalmente desproporcionado el uso del arma en dichas circunstancias, a la vez que se creó un riesgo para las personas, por cuanto el vehículo circulaba a alta velocidad y la bala fue a impactar en la puerta trasera del vehículo. De ello se deriva que los hechos tienen encaje típico en el artículo 48, apartado t), de la Ley de policías locales de Cataluña, que califica como falta muy grave el mal uso del arma reglamentaria. En la demanda se alega que el vehículo que huía se dirigió contra

el demandante con el fin de atropellarle, circunstancia ésta que justificaría el uso del arma reglamentaria. Sin embargo, de las declaraciones testificales practicadas en el expediente, se desprende que fue el agente el que se situó en el carril de circulación con el fin de dar el alto al vehículo, si bien es cierto que el vehículo no se detuvo pese a encontrarse el agente en el carril de circulación, lo que obligó a éste a apartarse, haciendo entonces uso del arma reglamentaria. De acuerdo con dichos datos fácticos, no entendemos justificada la conducta del uso del arma, pero sí que entendemos que concurren circunstancias

que deben valorarse en sede de proporcionalidad, a la hora de imponer la sanción.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso, en los términos expuestos en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la delegación de competencias en materia disciplinaria, ver la siguiente sentencia: STS de 16 de diciembre de 1994 (Aranzadi 1994/10480).

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Difusión audiovisual de las sesiones plenarias. Exclusión de cualquier dispositivo de grabación o transmisión de señal diferente de los instalados por el ayuntamiento. Derecho a comunicar o recibir libremente información por cualquier medio de difusión

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada aprobó un acuerdo relativo a la grabación y difusión audiovisual de las sesiones del Pleno de la corporación. En dicho acuerdo se preveía que la grabación de las sesiones se encomendaba en exclusiva a los servicios municipales “[...] bien mediante sus propios medios, bien mediante los que fueren precisos contratar”. Asimismo, se negaba el acceso en el salón de sesiones de cualquier otro dispositivo de grabación en vídeo o transmisión de señal audiovisual diferente de los instalados por el propio ayuntamiento, disponiendo que se facilitaría una copia del vídeo de las sesiones plenarias a solicitud de los medios de comunicación.

Contra dicho acuerdo, una televisión local interpuso un recurso de reposición. Siendo éste desestimado, la mercantil mencionada interpuso recurso contencioso-administrativo, por considerar la resolución recurrida contraria a los artículos 14 (principio de igualdad) y 20 (que reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión) de la CE.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró que los acuerdos del Ayuntamiento de Pilar de Horadada eran contrarios a los derechos fundamentales invocados, debiendo por ello ser declarados nulos.

Según el Tribunal:

“[...] dichos acuerdos restringen de manera injustificada el derecho de la actora a la obtención y difusión de información de interés general, sometiendo dicha obtención y difusión al control previo que supone el que el único acceso a la misma sea a través de un servicio municipal que graba y reparte posteriormente la grabación a los medios de comunicación.” (FJ 4)

En relación con la publicidad de las sesiones, éste declaró que:

“[...] las sesiones plenarias de los ayuntamientos son públicas y –salvo en casos puntuales en los que, en aplicación de las limitaciones citadas, pudieran declararse formal y motivadamente reservadas– no hay restricción alguna al derecho de la ciudadanía a su directo e inmediato.” (FJ 4)

“De entre esos medios de acceso de la ciudadanía destacan iniciativas como la de la mercantil demandante de permitir la emisión televisiva de la sesión plenaria, pues implica tanto como la presencia en el pleno de la totalidad de los vecinos que tuvieran interés en ello y que –por las naturales limitaciones de espacio– no podrían normalmente acceder a ello.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

“La limitación del acceso de las cámaras –a cual no se funda por la Administración en razones de concurrencia de múltiples

ÓRGANO: Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 128/2002. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas

RESOLUCIÓN: 95/2003

FECHA: 2 de enero de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Mariano Ayuso Ruiz-Toledo

DEMANDANTE: Televisión local

DEMANDADO: Ayuntamiento de Pilar de la Horadada

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 14 y 20 de la CE

DOCTRINA: Difusión audiovisual de las sesiones plenarias. Exclusión de cualquier dispositivo de grabación o transmisión de señal diferente de los instalados por el ayuntamiento. Derecho a comunicar o recibir libremente información por cualquier medio de difusión (FJ 3 y 4)

medios de comunicación que hiciera imposible el acceso de todos por razones físicas y que obligara a la supeditación a un sistema de acreditaciones o de puesta en común de la toma de imágenes– implica una suerte de censura previa de la obtención de la información, privando de esta manera no sólo al medio de comunicación demandante de su derecho fundamental, sino obstando también el derecho a la información de los vecinos.” (FJ 4)

Por lo expuesto, el Tribunal acordó estimar el recurso interpuesto, declarando nulas las resoluciones impugnadas y reconociendo el derecho de la parte actora al acceso a la grabación de las sesiones plenarias en condiciones de igualdad.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho a comunicar y a recibir libremente información veraz, ver las siguientes sentencias: STC de 25 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/187); STC de 15 de febrero de 1990, 20/1990 (Aranzadi 1990/20); STC 6/1981 (Aranzadi 1981/6); STC 12/1982 (Aranzadi 1982/12); STC 104/1986 (Aranzadi 1985/104), y STC 159/1986 (Aranzadi 1986/159).

E) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Contaminación acústica

SUPUESTO DE HECHO

Los miembros de la comunidad de propietarios de un inmueble en el que se ubicaba una sala de fiestas se quejaron al propietario de la misma del nivel de ruido y vibraciones que ésta emanaba y le solicitaron la adopción de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la normativa local reguladora de los niveles máximos de emisión de transmisión sonora. Asimismo, algunos de los vecinos presentaron una queja ante el ayuntamiento, lo que originó que el delegado de Urbanismo requiriera al titular de la sala de fiestas para que colocara un limitador sonoro en el equipo musical, como exigía la licencia de apertura de la misma. Asimismo, se acordó instruir expediente sancionador por realizar actividad sin ajustarse a las condiciones de licencia de apertura.

Al comprobarse la adaptación de las instalaciones al proyecto presentado en su día, se levantó por el perito industrial municipal acta de puesta en marcha.

Posteriormente, el propietario hizo un cambio en los aparatos de sonido de la sala de fiestas, poniendo más número y colocándolos de distinta forma para distribuir mejor la música, todo ello sin aprobación municipal. Tras ello, algunos vecinos sintieron ruidos en sus domicilios de forma permanente y repetida durante los fines de semana, poniéndose en contacto con la Policía Municipal para que efectuara la medición de los ruidos de sus casas. En todas las pruebas, los resultados obtenidos superaron los 30 dBA (decibelios), el máximo permitido por la licencia de apertura, de acuerdo con la normativa local. Como consecuencia de las mediciones, se abrieron varios expedientes sancionadores. Asimismo, se acordó como medida cautelar la suspensión temporal de la actividad de la sala de fiestas, lo que conllevó la clausura temporal del negocio en tanto que se adecuase a las condiciones impuestas en las condiciones de la licencia de apertura. Tras comprobarse por el perito industrial municipal que el nivel de decibelios no superaba los límites establecidos, el ayuntamiento acordó levantar la medida cautelar.

Unos meses más tarde, el perito industrial municipal, dando cumplimiento a lo acordado por el juez instructor del caso, comprobó que el limitador de distribución musical había sido manipulado.

Como consecuencia del ruido emanado del local mencionado, varios de los vecinos (algunos de ellos niños de pocos años) fueron visitados por su correspondiente médico de cabecera, siéndoles diagnosticados problemas de sueño, precisando de tratamiento médico. Algunos de los vecinos decidieron cambiar de domicilio.

La Audiencia Provincial de Palencia condenó al propietario del local como autor penalmente responsable a la pena de dos años y tres meses de prisión y a la multa de veinte meses con una cuota diaria de 7.000 pesetas, y a indemnizar a un vecino en la cantidad de 214.000 pesetas, y a otros tres en la cantidad de 75.000 pesetas y al pago de las costas. Por su parte, la Audiencia propuso indulto parcial.

La mencionada resolución fue recurrida en casación tanto por el acusado como por la acusación particular.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente los recursos de casación, casando y anulando la sentencia recurrida y declarando las costas de oficio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Recurso interpuesto por el acusado

1. Análisis de la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal del artículo 325 del Código penal

A pesar de que el acusado no invocara la infracción del artículo 325 del Código penal, el Tribunal consideró conveniente ana-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.

Jurisdicción penal. Recurso de casación 312/2001

RESOLUCIÓN: 52/2003

FECHA: 24 de febrero de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 43 y 45 de la CE; artículo 352 del Código penal; artículo 325 del Código penal, y Decreto 3/1995, de Castilla y León, de 12 de enero, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas

DOCTRINA: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Contaminación acústica (recurso interpuesto por el acusado: FJ 1 y 3; recurso interpuesto por la acusación particular: FJ 1)

lizar la subsunción de su conducta en el mencionado precepto, por entender que del contenido del recurso se infería dicha la voluntad impugnativa.

Al respecto, el Tribunal destacó en primer lugar la inclusión del control de la contaminación atmosférica por la Constitución, al proteger la salud y el medio ambiente en sus artículos 43 y 45, subrayando asimismo la falta de norma estatal reguladora de la materia y la existencia de varias normas autonómicas en la materia.

a) Concepto de ruido

En cuanto a lo que había que entender por ruido, el Tribunal se remitió al Anteproyecto de la Ley del ruido, que lo define como:

"[...] la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente." (FJ 1)

Por su parte, la Ley 16/2002 de la Generalitat de Cataluña, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica, define el ruido como sigue:

"[...] contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que producen una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración puede resultar perjudicial para la salud de las personas." (FJ 1)

b) Protección frente al ruido. Delitos contra el medio ambiente

A continuación, el Tribunal recordó que la Constitución reconoce un triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo, indicando, en relación con el derecho al que hay que acudir, que:

"Para determinar en qué casos habrá de acudirse al Derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Estado de derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho penal." (FJ 1)

De modo que:

"[...] es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal." (FJ 1)

Según el Tribunal, ello se desprende del examen del artículo 325 del Código penal, que "[...] exige que las conductas tipificadas 'puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales'" (FJ 1).

Por su parte, el Tribunal indicó que el tipo penal contemplado por el precepto mencionado constituye un ejemplo de ley penal en blanco, "[...] en tanto en cuanto que para que exista la figura delictiva es necesario remitirse a las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, y se considera necesaria su contravención para que se configure el hecho delictivo" (FJ 1).

Como advirtió el Tribunal:

"El ruido aparece [...] como uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo de los delitos contra el medio ambiente. Junto a él está el elemento normativo integrado por la contravención de leyes y otras disposiciones de carácter general. Ciertamente se hace depender la relevancia típica de que la acción constituya una infracción de la normativa administrativa reguladora del ámbito de que se trate hasta el punto de que si la conducta no está prohibida por dicha normativa o se produce dentro de los límites autorizados, no será típica." (FJ 1)

El Tribunal quiso precisar qué debía entenderse por "disposición de carácter general", indicando al respecto que:

"Una posición minoritaria opone disposición general a disposición especial, en el sentido de excluir las normas dictadas para sectores específicos (contaminación del aire, del agua, etc.), otros, igualmente minoritarios enfrentan la disposición general con la autonómica o local, lo que supone desconocer las competencias de las comunidades autónomas." (FJ 1)

Sin embargo, según el Tribunal consideró que debía estar con los que "[...] enfrentan la disposición de carácter general a aquella que se refiere a una actuación administrativa singular, dictada para la resolución de un caso particular" (FJ 1).

Entrando a analizar si en el caso expuesto se había producido la vulneración de una disposición de carácter general, el Tribunal concluyó que efectivamente se había producido, indicando lo siguiente:

"Queda, pues, perfectamente recogido en los hechos que se declaran probados que se ha infringido, en reiteradas ocasiones, el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, así como la ordenanza municipal antes mencionada, al superarse con mucho los límites autorizados." (FJ1)

Siguiendo con los elementos del tipo, el Tribunal recordó que, además de la existencia de la transgresión de una disposición administrativa, era necesario que la conducta en cuestión revisiera cierta gravedad. Al respecto, declaró lo siguiente:

"La técnica más adecuada de protección del medio ambiente frente a las transgresiones más graves, que puedan constituir infracciones penales, es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico 'medio ambiente' y la importancia de su protección exige adelantarla antes de que se ocasiona la lesión."

Según el Tribunal, ello se desprendía del artículo 325 del Código penal, al referirse a conductas delictivas que "[...] puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". De modo que, según el Tribunal:

"[...] es obvio que el tipo no requiere la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo." (FJ 1)

Sentado que se trataba de un delito de peligro, el Tribunal planteó si bastaba con que fuera un peligro abstracto o de mera actividad o se exigía un peligro concreto, indicando que la jurisprudencia se había inclinado en ese caso por considerar dicha figura delictiva como de peligro abstracto.

En cuanto al bien jurídico objeto de protección, el Tribunal declaró que:

"[...] están en juego los derechos de protección de la salud; a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; el bien-

estar y la calidad de vida de los ciudadanos así como el equilibrio de los sistemas naturales." (FJ 1)

Si bien hay que decir que el Tribunal puntualizó que:

"[...] en algunos casos, como [...] ocurre en el supuesto que es objeto del presente recurso, [...] además, la creación de un peligro concreto para los bienes jurídicos protegidos se presenta como evidente y perfectamente definido." (FJ 1)

Sentado lo anterior, el Tribunal examinó si en el caso estudiado se podía hablar de la existencia de un grave peligro, concluyendo que efectivamente se había producido. El Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] los vecinos del inmueble afectados por el ruido procedente de la sala de fiestas han padecido, de forma reiterada y continuada durante fines de semana, puentes y víspera de fiestas, en un período aproximado de nueve meses, no sólo de una contaminación acústica que hay que calificar de grave y potencialmente peligrosa, sino que en este caso, además, esa gravedad se ha concretado en serio peligro para la integridad física y psíquica, y la intimidad personal y familiar, y es más, la afectación de los bienes jurídicos protegidos, antes mencionados, ha alcanzado tal intensidad por la conducta del acusado, como responsable de la sala de fiestas, que ha determinado en niños de pocos años problemas y alteraciones de sueño, irritabilidad, cambios de carácter, necesitando algunos de ellos tratamiento hipnótico, igualmente otros vecinos mayores de edad han precisado de tratamiento médico por cefaleas, irritabilidad, nerviosismo, alteración del sistema del sueño, insomnios y disminución de atención y rendimiento e incluso ha llegado a incrementar el número de brotes en un vecino que padece de esclerosis en placas, brotes que disminuyeron cuando se trasladó de domicilio, traslado que igualmente tuvieron que realizar otros vecinos." (FJ 1)

Por ello el Tribunal concluyó que:

"[...] el recurrente ha creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos del inmueble que pudieran resultar afectados por las inmisiones de ruido procedentes de la sala de fiestas de la que era responsable, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas. Se ha superado, pues, el umbral que separa el ilícito meramente administrativo del ilícito penal." (FJ 1)

En cuanto al tipo subjetivo del ilícito penal, el Tribunal declaró lo que sigue:

"[...] el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro, máxime en casos como el presente en los que fluye, por lo reiterado y contumaz, una decidida voluntad de no desistir de la situación de grave peligro creada." (FJ 1)

En consecuencia, el Tribunal consideró que se daban los elementos contemplados por el artículo 325 del Código penal, con lo que entendió que el tribunal de instancia había aplicado correctamente el precepto.

2. Alegaciones formuladas por el acusado

A continuación, el Tribunal pasó a analizar las alegaciones del acusado, muchas de ellas relativas al procedimiento a seguir para la realización de las mediciones.

De todas las alegaciones formuladas, el Tribunal únicamente estimó una, en relación con la pena impuesta por el tribunal de instancia. El recurrente alegaba que se había producido una vulneración de las normas establecidas para la imposición de las penas, por cuanto se le había condenado a una pena privativa de libertad en su grado mínimo y no se hacía lo mismo con la

duración de la pena de multa, que según el recurrente, no debía exceder de dieciséis meses (siendo la pena impuesta de veinte meses).

Al respecto, el Tribunal hizo las siguientes apreciaciones:

“El Tribunal de Instancia aprecia que ha existido grave perjuicio para la salud de las personas y por ello impone, en lo que concierne a la pena de privación de libertad, una pena de dos años y tres meses que ciertamente es el mínimo de la mitad superior -aunque coincide con el máximo de la mitad inferior- de una pena de seis meses a cuatro años, lo que queda bien patente cuando el Tribunal sentenciador, en el undécimo de sus fundamentos jurídicos, expresa que se impone la pena en su grado mínimo y no obstante ello, en uso de la facultad que le concede el párrafo 3.º del artículo 4 del Código penal, una vez firme la sentencia, propondrá al Gobierno la concesión de un indulto parcial de quince meses para la pena privativa de libertad, atendiendo a la desproporción de la aplicación estricta de la pena regulada en el artículo 325 del Código penal.” (FJ 2)

“El Tribunal de instancia impone, pues, el mínimo de la pena superior en grado, en lo que concierne a la que es privativa de libertad, y no hace lo propio con relación a la duración de la pena de multa, lo que supondría una pena de dieciséis meses de multa y, sin explicación alguna, impone una multa de veinte meses cuando el artículo 50.5 del Código penal dispone que los jueces y tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este título (artículos 61 a 79).” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal estuvo de acuerdo con el recurrente en que debía procederse a una reducción de la extensión de la multa a dieciséis meses.

Recurso de casación interpuesto por la acusación particular

La acusación particular invocaba la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 352 del Código penal. Los recurrentes consideraban que dicha infracción procedía de la omisión de la pena de inhabilitación especial para la profesión cuando viniese señalada en el mencionado artículo. Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“El examen del precepto que se dice indebidamente aplicado exige, ciertamente, esa condena de inhabilitación especial. Así, se puede comprobar que lo que prevé el Código penal para los

autores de ese tipo delictivo es la imposición conjunta de las penas de prisión, multa e inhabilitación especial para profesión u oficio. Se trata, pues, de una norma imperativa que lo único que permite al Tribunal es individualizar cada una de aquéllas a las circunstancias del autor y del caso, pero no prescindir facultativamente de alguna [...]” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal consideró que procedía la imposición de la pena de inhabilitación especial.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el tipo penal en blanco, ver la siguiente sentencia: STS 1752/2002, de 23 de octubre (Aranzadi 2002/9809).

Sobre la exigencia en el tipo estudiado de un peligro abstracto, ver las siguientes sentencias: STS 1828/2002, de 25 de octubre (Aranzadi 2002/10461); STS de 31 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/7177); STS de 15 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2000/10337); STS de 4 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/7218); STS de 3 de abril de 1995 (Aranzadi 1995/2808); STS de 17 de septiembre de 2001 (Aranzadi 2001/7728); STS de 13 de marzo de 2000 (Aranzadi 2000/3315); STS de 23 de noviembre de 2001 (Aranzadi 2002/618); STS de 16 de diciembre de 1998 (Aranzadi 1998/10088); STS de 12 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2000/9790), y STS de 9 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/8759).

En relación con el bien jurídico protegido, ver las siguientes sentencias: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3), caso López Ostra contra Reino de España; STC 119/2001, de 24 de mayo (Aranzadi 2001/119); STC 12/1994, de 17 de enero (Aranzadi 1994/12); STEDH de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990/4), caso Powell y Rayer contra Reino Unido y STEDH de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2); STC 22/1984, de 17 de febrero (Aranzadi 1984/22); STC 22/1984, de 17 de febrero (Aranzadi 1984/22); STC 137/1985, de 17 de octubre (Aranzadi 1985/137), y STC 94/1999, de 31 de mayo (Aranzadi 1999/94).

Sobre el requisito de la gravedad, ver la siguiente sentencia: STS de 30 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/3065). Sobre qué debe entenderse por “grave”, ver la siguiente sentencia: STS 105/1999, de 27 de enero (Aranzadi 1999/826).

Sobre el tipo subjetivo del delito, ver la siguiente sentencia: STS 822/1999, de 19 de mayo (Aranzadi 1999/5409).

En este mismo número, en relación con la inhabilitación, ver la siguiente sentencia: STS de 22 de octubre de 2002.

Audiencia Provincial de Toledo. Delitos de injurias y calumnias. Derecho al honor y a la intimidad y derecho a la libertad de expresión

SUPUESTO DE HECHO

LA, concejal de un municipio y coordinador provincial de un partido político, respectivamente, hicieron distintas manifestaciones en una rueda de prensa en las que afirmaban que JM había asesorado a la empresa promotora de cierto proyecto manejando información privilegiada, al ostentar éste el cargo de presidente de la Comisión de Obras Públicas de Castilla-La Mancha. LA recalcó que la actuación de JM no revestía una conducta delictiva, si bien destacó el carácter poco ético de dicha actuación, instando a los fiscales competentes a investigar de oficio las actuaciones. Asimismo, en dicha rueda de prensa se afirmó que JM podría llevarse más de mil millones en concepto de comisiones por el asesoramiento y la captación de inversores para la empresa promotora.

JM se querelló contra las personas mencionadas, al considerar que las declaraciones vertidas eran constitutivas de los delitos de injurias y calumnias. El juzgado de lo penal absolvió a los acusados, siendo dicha resolución recurrida por el querellante.

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Toledo. Sección Segunda. Jurisdicción penal. Recurso de apelación 59/2002

FECHA: 26 de diciembre de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 18, 20.1.d) y 20.4 de la CE, y artículos 205 y 208 del Código penal

DOCTRINA: Delitos de injurias y calumnias. Derecho al honor y a la intimidad y derecho a la libertad de expresión (FJ 3)

La Audiencia Provincial de Toledo desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sentencia recurrida entendía que no se había producido delito al actuar los acusados dentro del marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información. Sin embargo, el recurrente consideraba que las declaraciones vertidas habían conculcado el artículo 18.1 de la CE (derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen), en relación con los artículos 20.1.d) y 20.4 de la CE (libertad de expresión). Así, la Audiencia pasó a efectuar la ponderación entre ambos derechos, pues, como éste indicó, la comisión de los delitos de calumnia y/o injuria imputados pasaba por el análisis de la posible colisión entre los derechos fundamentales mencionados.

En términos generales, la Audiencia se refirió a la incidencia que los denominados derechos de la personalidad tienen sobre los de la libertad de expresión e información. Al respecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, declaró lo siguiente:

“[los derechos de la personalidad] a un tiempo afectan a la libertad individual y son garantía institucional de una opinión pública inseparablemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, por lo que contribuyen a la formación de la opinión pública y alcanzan entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el que pierde fuerza en proporción, pues es límite externo de aquellas otras libertades, ya que, ‘si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, tampoco puede atribuirse ese carácter a los límites a que ha de someterse su ejercicio, y de ahí la exigencia de que esos límites -el derecho al honor- haya de ser interpretado con criterio restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos, el de la libertad de expresión e información, también en este caso.’” (FJ 3)

A continuación, la Audiencia indicó que los límites al ejercicio de la libertad de expresión o información eran más amplios “[...] si estos se refieren a personas que por dedicarse a actividades políticas [...], están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyección pública [...]”, pues “[...] en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esta crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública [...]” (FJ 3).

En el supuesto de que la crítica la hiciera un político en relación con otro político, el Tribunal declaró que:

“[...] debe operarse con muchísima mayor cautela, en cuanto esa crítica, casi impune en vía o sede parlamentaria, regional o local en actos propios de estas instituciones, no va a transformarse en punible por la sola circunstancia de que salga a la calle, [...] pues en tal contingencia lo que se está haciendo es informar a la opinión pública, última recipientaria de la labor de los políticos que la representan en desarrollo de su actividad en el campo que les afecta.” (FJ 3)

De modo que:

“[...] si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas (y también de los políticos en sentido general) mediante la tipificación de los delitos de calumnia e injuria, el reconocimiento constitucional de esas libertades de expresión y de información ha matizado la problemática de los delitos contra el honor a aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en el ejercicio de aquellas libertades [...]” (FJ 3)

En relación con el supuesto que los tribunales apreciaran una posible conducta subsumible en los delitos que protegen el honor de las personas, la Audiencia declaró que tenían que efectuar un juicio ponderativo sobre si la conducta encontraba protección en el derecho fundamental a la libertad de expresión, teniendo en cuenta lo siguiente:

“Las circunstancias que han de tenerse en cuenta [...] inciden, entre otras, en el juicio sobre la relevancia pública del asunto [...] en el carácter de personaje público del sujeto pasivo

de la crítica u opinión [...], y en especial si es titular de cargos públicos, cualquiera que fuere la institución a la cual sirva [...]. Igualmente se debe tomar en consideración el contexto en que se producen, como una entrevista o intervención oral; y, por encima de todo, si en efecto contribuyen a la formación de la opinión pública libre.” (FJ 3)

“En definitiva, lo que viene a establecerla doctrina constitucional es que un hombre político tiene ciertamente derecho a que su reputación, sea protegida, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ponderarse con los intereses de la libre discusión de cuestiones políticas.” (FJ 3)

A continuación, la Audiencia se centró en el delito de calumnia (artículo 205 del Código penal), recordando, en cuanto a su conexión con el delito de injurias, que:

“[...] no constituye sino una norma de aplicación preferente a la injuria, en relación de género-especie, caracterizada esencialmente por el contenido singular de lo que se desacredita; así mientras que en la injuria se lesiona la dignidad de una persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, a través de la realización de acciones o la profusión de expresiones de contenido diverso y variado; en la calumnia la acción es mucho más concreta y específica, pues la lesión del honor se realiza a través de la imputación de un delito con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.” (FJ 3)

Asimismo, la Audiencia indicó que requería de los siguientes elementos:

“a) imputación de determinados hechos que sirvan de base para una calificación jurídica de delito perseguible de oficio, sin que puedan comprenderse las simples faltas; b) que sea falsa la imputación; c) que se dirija a persona determinada o determinable, y d) un dolo representado por el ánimo específico de difamar [...]. Además, la jurisprudencia es reiterada al expresar la necesidad de que la imputación sea precisa, concreta y determinada, ‘o de un hecho concreto y pormenorizado’ [...], para dar por existente el delito de calumnia.” (FJ 3)

Observando el caso estudiado, la Audiencia declaró lo siguiente:

“[...] se entiende que los hechos que se imputa por los querellados al querellante constituyen un delito de tráfico de influencias [...]; tratándose de calificación que no compartió el Juez a quo, lo que se ratifica en el presente recurso, en cuanto las declaraciones cuestionadas, lo que ponen de manifiesto no es la ilegalidad de una actuación, sino a su juicio, la falta de ética de la misma. Por mucho que se pretenda valorar subjetivamente los asertos vertidos tanto en la declaración acotada [...] como en las que la sucedieron en el tiempo, lo que ponen de manifiesto es un hecho contrastado por los querellados y veraz [...]. Se trata de una información que facilita lo que podría considerarse como oposición a los ciudadanos a modo de crítica política, en cuanto [los] querellados tienen conocimiento de la misma (del hecho y de la documentación) en virtud de la labor pública que igualmente desempeñan.” (FJ 3)

En atención a lo anterior, la Audiencia concluyó que:

“Del examen de las expresiones vertidas, la sala ratifica el criterio del Juez a quo, que destaca el deseo de informar dentro de los límites de la libertad de expresión, si bien expresamente descartan que la actuación del querellante fuera ilegal, y en ello inciden en varias ocasiones, si bien con la misma contundencia y asiduidad destacan el, a su juicio, carácter poco ético de ese asesoramiento, en cuanto es fácil colegir que los conocimientos son consustanciales a la actividad que desarrollan las personas [...]. Faltan, por tanto, el primero, segundo y cuarto de los requisitos arriba apuntados para la integración del tipo, por lo que se reitera, [...] que no existió el mismo, ni que los querellados calumniaran al querellante, sino que actuaban dentro de los

límites de lo que se conoce habitualmente como ‘crítica política’ y dentro del marco de la libertad de expresión, por lo que sin perjuicio de los derechos que en otro orden jurisdiccional ostente el querellante, se está en el caso de que se rechace el presente motivo por las razones expuestas.” (FJ 3)

El recurrente alegaba subsidiariamente la existencia del delito de injurias (artículo 208 del Código penal). En términos generales, la Audiencia declaró que dicho delito:

“[...] se caracteriza por una peculiar dinámica, perfectamente imbricadas palabras, expresiones o actos, por sí mismos lacerantes, desvalorizadores o afrentosos, con un especial *animus* tendente a escarnecer o vituperar a otro; por lo que sin perder de vista la dimensión valorativa social del honor, la movilidad que le es ínsita, tornando fluctuantes y relativos los conceptos y criterios que animan y presiden esta parcela jurídico-penal, por lo que a la hora de subsumir una conducta en el tipo del artículo 208, haya que estar no sólo al valor de las palabras o expresiones proferidas o acciones ejecutadas, sino que, dado el carácter eminentemente intencional de este delito, habrá que atender y estimar las circunstancias concurrentes en cada supuesto realizando un ponderado y reflexivo análisis de los factores coexistentes capaces de hacer incardinar la conducta examinada en la figura penal de la injuria o, por el contrario, extraerla de su seno[...].” (FJ 3)

En materia de crítica política, la Audiencia declaró que “[...] se excluye en general [...] cuando se ejerce correctamente, aunque se empleen palabras desabridas, agrias o que hieran el amor propio del supuesto agraviado [...]” (FJ 3).

En relación con el caso enjuiciado, la Audiencia consideró que no podía entenderse que existiera injuria “[...] por la circunstancia de que se cuestione la ética [...] de una acción[...]”, por cuanto “[...] no se puede lesionar la dignidad del querellante por un hecho objetivamente contrastado [...] pero cuyo contenido ético se cuestiona, [...] ya que, finalmente, si se cuestiona el fin último de la actuación política de un ciudadano que a través de las urnas pasa legítimamente a ostentar un representación pública y con ello a sumir unas funciones de tal carácter, cuando ese mismo ciudadano opta voluntariamente por la opción que el ordenamiento jurídico le otorga de compatibilizar esa función con el desarrollo privado de su actividad profesional anterior, y de tal compatible ejercicio surge la crítica de los adversarios políticos [...], esa reflexión o esa denuncia es consecuencia de que el sujeto pasivo de la imputación compatibilizó una actividad que quien critica la entiende contrapuesta, y no cabe duda que debe someterse a las consecuencias de la opción que libremente aceptó, siempre que, como es el caso, se esté informando con mayor o menor acierto expositivo, pues ese *animus criticandi* se contrapone y excluye el *iniuriandi*, de lo que

se infiere finalmente que no concurren los elementos del tipo de injurias y que debe ser ratificada plenamente la sentencia, con rechazo del recurso interpuesto” (FJ 3).

Por lo expuesto, entre otros motivos, la Audiencia desestimó el recurso interpuesto, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

A favor de una interpretación restrictiva del derecho al honor, ver las siguientes sentencias: STC 104/1986 (Aranzadi 1986, 104); STC 107/1988 (Aranzadi 1988/107); STC 20/1990 (Aranzadi 1990/20); STC 105/1990; STC 171/1990; STC 172/1990; STC 214/1991 (Aranzadi 1991/214); STC 40/1992 (Aranzadi 1992/40); STC 85/1992; STC 219/1992; STC 240/1992; STC 371/1993; STC 136/1994 (Aranzadi 1994/136); STC 42/1995 (Aranzadi 1995/42), y STC 76/1995 (Aranzadi 1995/76).

Sobre el control por la opinión pública de las acciones de un político, ver las siguientes sentencias: STEDH de 23 de abril de 1992 (TEDH 1992/1), caso Castell; STC 159/1986 (Aranzadi 1986/159); STC 254/1988 (Aranzadi 1988/254); STC 105/1990 (Aranzadi 1990/105); STC 171/1990; STC 85/1992 (Aranzadi 1992/85); STC 219/1992; STC 15/1993 (Aranzadi 1993/15); STC 336/1993 (Aranzadi 1993/336); STC 297/1994 (Aranzadi 1994/297), y STC 76/1995.

Sobre las circunstancias que los tribunales deben tener en cuenta para apreciar una posible conducta subsumible en uno de los tipos penales que protegen el derecho al honor, ver las siguientes sentencias: STC de 21 de enero de 1988 (Aranzadi 1988/3); STC de 3 de julio de 1989 (Aranzadi 1989/121); STC de 12 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/172); STC de 17 de octubre de 1991 (Aranzadi 1991/197); STC de 31 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/178); STC de 22 de mayo de 1995, y STC de 25 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/192).

Sobre el delito de calumnia, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de junio de 1983 (Aranzadi 1983/3419); STS de 19 de diciembre de 1983 (Aranzadi 1983/6590); STS de 20 de enero de 1983 (Aranzadi 1983/368); STS de 3 de febrero de 1983 (Aranzadi 1984/1717); STS de 4 de abril de 1984 (Aranzadi 1984/2317); STS de 13 de marzo de 1985 (Aranzadi 1985/1645); STS de 10 de diciembre de 1979 (Aranzadi 1979/ 4578), y STS de 23 de enero de 1980 (Aranzadi 1980/123).

Sobre el delito de injurias, ver las siguientes sentencias: STS de 12 de mayo de 1987 (Aranzadi 1987/3040); STS de 6 de junio de 1987 (Aranzadi 1987/4526); STS de 4 de octubre de 1988 (Aranzadi 1988/7659); STS de 15 de febrero de 1984 (Aranzadi 1984/1134); STS de 22 de octubre de 1987 (Aranzadi 1987/7577); STS de 28 de marzo de 1995 (Aranzadi 1995/1121); STS de 15 de mayo de 2000, y STS de 22 de octubre de 1987.

Audiencia Provincial de Teruel. Incumplimiento de varias órdenes de paralización de obras. Delito de desobediencia grave

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Alcalá de la Selva requirió al propietario de una masía ubicada en dicho municipio la paralización de la obra que se estaba realizando en las pérgolas del edificio por no contar con la preceptiva licencia. Sin embargo, éste continuó con las obras hasta su terminación. Posteriormente, el ayuntamiento requirió en varias ocasiones la paralización de ciertas obras que se estaban efectuando en el inmueble. Habiendo reiterado los requerimientos, el ayuntamiento requirió nuevamente la paralización de las obras, esta ocasión sin especificar cuál de ellas ni si la orden de paralización venía motivada por la falta de licencia administrativa o por no ajustarse al contenido de la licencia previamente concedida. En todos los casos medió notificación personal de la orden incumplida al propietario, así

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Teruel.

Jurisdicción penal. Recurso de apelación 39/2002

RESOLUCIÓN: 3/2003

FECHA: 16 de enero de 2003

PONENTE: Ilma. Sra. María Teresa Rivera Blasco

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 59 y 556 del Código penal

DOCTRINA: Incumplimiento de varias órdenes de paralización de obras. Delito de desobediencia grave (FJ 3 y 4)

como un informe del arquitecto municipal en el que se hacía constar la inadecuación de las obras a lo proyectado e indicando como medida adecuada la paralización de las mismas.

El juzgado de lo penal condenó al propietario como autor penalmente responsable del delito de desobediencia grave a la autoridad (artículo 556 del Código penal), sin que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión con su accesoria inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y lo absolvió del delito contra la ordenación del territorio (artículo 391.2 del Código penal), imponiéndole la mitad de las costas causadas, incluyendo las de la acusación particular, y declarando de oficio la mitad restante.

Contra dicha sentencia el acusado interpuso un recurso de apelación, solicitando la nulidad de las actuaciones y, en su caso, que fuera dictada sentencia absolutoria del delito de desobediencia y, subsidiariamente, que se estimara la eximente de error invencible y, en su defecto, que se estimaran los demás argumentos expuestos en relación con la aplicación de la pena impuesta y la consideración de las costas procesales.

La Audiencia Provincial de Teruel desestimó el recurso, con la imposición al acusado de las costas causadas en alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente consideraba que se había producido un error en la aplicación de las normas reguladoras del delito de desobediencia. Al respecto, la Audiencia analizó los elementos del mencionado delito, indicando que:

“Uno de los elementos del delito de desobediencia es que exista un mandato expreso y terminante que emane de la autoridad competente dentro del ejercicio de las funciones que le son propias, siendo necesario que la orden sea clara en todos sus aspectos, de modo que la persona a quien va dirigida pueda captar con precisión en qué consiste el mandato.” (FJ 2)

Sobre este requisito, el recurrente invocaba falta de claridad, pues el recurrente había solicitado un elevado número de licencias y no se especificaba qué obras debían ser objeto de paralización. Sin embargo, el Tribunal consideró que de las órdenes anteriores se podía deducir con claridad a qué obras se refería, si bien “[...] fueron precisamente las obras cuya suspensión se prescribió las que se continuaron ejecutando pese a las órdenes dadas” (FJ 2).

En relación con este primer requisito, la Audiencia estuvo de acuerdo con el tribunal de instancia en que:

“[...] basta para la apreciación de este requisito con que la resolución incumplida haya sido dictada en aplicación de la normativa urbanística y no sea producto de la voluntad irracional de la autoridad, situación que es la contemplada en el supuesto de autos.” (FJ 2)

En segundo lugar, la Audiencia declaró que para la comisión de tal delito era necesario:

“[...] que haya un mandato persistente y reiterado de modo que frente a él quede de manifiesto una actitud de oposición tenaz y obstinada, que es lo que constituye la esencia de esta infracción penal, unido a la existencia de un dolo específico de escarnecer el principio de autoridad.” (FJ 2)

La Audiencia entendió que el acusado había tenido conocimiento de las órdenes de paralización y pese a ello no había procedido a su interrupción, de modo que:

“[...] incumplía los mandatos impartidos y al no abstenerse de hacerle, su contumaz actividad en contra de lo ordenado se configura como expresiva manifestación de un decidido propósito de incumplimiento y de desprecio hacia las órdenes emanadas de quien legalmente podía emitir las, situándose de este modo en actitud de resuelta rebeldía ante la autoridad.” (FJ 2)

En cuanto a la eximente de error invencible, la Audiencia recordó los requisitos exigidos por la jurisprudencia:

“e) su invocación no es aceptable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada; circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado.” (FJ 3)

Centrándose en el caso estudiado, la Audiencia concluyó lo siguiente:

“Es lo cierto que las órdenes fueron conocidas por el acusado, al cual le fueron notificadas personalmente, lo que demuestra que sabía perfectamente la prohibición recaída y la causa de la misma; por lo que resulta inadmisibles que pudiese creer que obraba lícitamente. Cuestión diferente es que el acusado alegue que conocía que actuaba ilícitamente pero no delictivamente, pues ello constituiría un mero error de subsunción irrelevante para la responsabilidad penal [...] y en cualquier caso tampoco constituye una proposición admisible desde el punto de vista fáctico en quien ostenta la condición de administrador de una empresa que es la promotora de las obras en cuestión, aun cuando ‘carezca de estudios superiores y de especialidad técnica o jurídica’ que no son precisos para discernir las órdenes recibidas.” (FJ 3)

Finalmente, en relación con la imposición de la pena accesoria de privación de sufragio pasivo, el recurrente alegaba que ésta no estaba contemplada por el artículo 556 del Código penal y que la resolución no estaba motivada. Al respecto, la Audiencia consideró que el fundamento de la sentencia era suficientemente claro y recordó que en ese supuesto “[...] no se requiere una conexión entre el delito y la pena accesoria [...]”, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciendo una interpretación del artículo 59 del Código penal.

Por los motivos expuestos, entre otros, la Audiencia desestimó el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el error invencible, ver las siguientes resoluciones: ATS de 2 de febrero de 2000 (Aranzadi 2000/2065), y STS de 24 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/722).

Sobre la pena accesoria de privación de sufragio pasivo, ver las siguientes sentencias: STS 1716/2000 de 9 de noviembre (Aranzadi 2000/8713); STS 430/1999 y 1309/1999, de 23 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/2676); STS de 25 de septiembre de 1999 (Aranzadi 1999/6851); STS 1884/2000, de 30 de noviembre (Aranzadi 2000/9774); ATS 2068/2000, de 21 de julio (Aranzadi 2000/7514); STS de 9 de junio de 1989 (Aranzadi 1989/5058), y STS 23 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/2676).

Seminario permanente de Derecho local

El 19 de septiembre de 2003 se celebró la segunda sesión del "Seminario permanente de Derecho local", cuyo objetivo es someter a estudio cuestiones y temas jurídicos de actualidad y de especial importancia para las administraciones locales. El seminario está concebido como una mesa de debate y de intercambio de opiniones entre juristas de gran prestigio (magistrados del Tribunal Constitucional, magistrados del Tribunal Supremo, catedráticos de universidad...). Se reúne periódicamente en la sede de Madrid de la Fundación bajo la presidencia honorífica del Excmo. Sr. Pablo García Manzano, magistrado del Tribunal Constitucional.

En esta ocasión, el tema elegido fue "La ejecución del planeamiento urbanístico y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001", y la ponencia corrió a cargo de D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y actualmente letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La mesa estuvo compuesta por D. Pablo García Manzano, D. Jesús Ángel Leguina Villa, D. José María Baño León, D. Ma-

nuel Campo Sánchez-Bordona, D. Eduardo Espín Templado, D. Rafael Fernández Montalvo, D. Ángel Menéndez Rexach y D. Juan Antonio Xiol Ríos. Tanto la ponencia como los comentarios de los miembros del seminario serán objeto de publicación posterior.



Presentación del libro *La autonomía de los entes locales en positivo. La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera*



que contradigan las previsiones de la CEAL y, en fin, si es compatible con lo que dispone la CEAL que las leyes obliguen a las entidades locales a financiar servicios cuya competencia está atribuida a otras administraciones públicas.



El 19 de septiembre de 2003 se presentó en Madrid el libro *La autonomía de los entes locales en positivo. La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera*, monografía con la que se inicia una nueva serie de publicaciones especializadas en cuestiones clave del gobierno local.

Un caso real sirve de pretexto a los autores del libro para reflexionar sobre el significado y alcance de la incorporación de la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL) a nuestro ordenamiento. En él se abordan cuestiones tan importantes como si la autonomía local es una garantía institucional o un derecho de las entidades locales, si la CEAL y el principio de subsidiariedad que contiene debe servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, o si son los tribunales ordinarios los llamados a inaplicar, por su propia autoridad, las leyes



“Profundizando en el Derecho local”

Ciclo de seminarios

COORDINADORES

Excmo. Sr. *José Luis Requero Ibáñez*, magistrado y vocal del CGPJ.

Ilmo. Sr. *Eduardo Ortega Martín*, magistrado y jefe del Gabinete del Presidente del CGPJ.

Con la colaboración del INAP y del COSITAL

Aula de la Fundación Democracia y Gobierno Local
General Castaños, 4, 2.º
28004 Madrid

OBJETIVOS

El Derecho local está experimentando actualmente un hondo proceso de transformación que ha añadido una considerable complejidad técnica a los múltiples problemas que tradicionalmente suscita la ordenación de la vida local. Este acelerado proceso de cambio hace aún más imperiosa la siempre necesaria labor de reflexión, análisis y actualización de conocimientos de todos los implicados en las tareas de interpretación y aplicación del Derecho local.

Con el objeto de fomentar el estudio del Derecho local al más alto nivel y de promover la discusión y el debate entre los interesados, la Fundación Democracia y Gobierno Local, con la colaboración del Centro de Estudios Locales y Territoriales del Instituto Nacional de Administración Pública y del Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, ha organizado este excepcional ciclo de seminarios en el que, a lo largo de las mañanas de cinco viernes, se analizarán las cuestiones de mayor relevancia y actualidad.

Las ponencias que introducirán el debate sobre cada uno de los temas han sido encomendadas a destacados magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo, cuyo prestigio es la mejor garantía de la calidad del ciclo.

DESTINATARIOS

Los seminarios están destinados principalmente a magistrados y a responsables de los servicios jurídicos de las corporaciones locales, si bien también podrán ser admitidos otros profesionales del Derecho altamente cualificados cuya actividad guarde relación con los temas tratados.

CERTIFICADOS

La Fundación Democracia y Gobierno Local verificará la asistencia y emitirá el correspondiente diploma acreditativo juntamente con el Instituto Nacional de Administración Pública, que reconoce y valora este curso a efectos del baremo de méritos generales para los concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, otorgándole 0,20 puntos.

IMPORTE DE LA MATRÍCULA

200 euros.

PROGRAMA

17 de octubre

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 y juez de lo contencioso-administrativo n.º 1 de Oviedo.

21 de noviembre

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 y letrado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

19 de diciembre

10.00 h. Efectos de la inmigración sobre las competencias locales y la vida ciudadana

Ilmo. Sr. *Eduardo Ortega Martín*, magistrado y 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 y jefe del Gabinete del Presidente del Tribunal Supremo.

23 de enero

10.00 h. Servicios locales

Ilmo. Sr. *Fernando Román García*, magistrado y director del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial.

12.00 h. Relaciones interadministrativas y control jurisdiccional

Ilmo. Sr. *Carlos Lesmes Serrano*, magistrado y director general de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia.

20 de febrero

10.00 h. Democracia local

Ilma. Sra. *Isabel Perelló Doménech*, magistrada y letrada del Tribunal Constitucional.

12.00 h. Estabilidad presupuestaria de los entes locales y servicios públicos

Excmo. Sr. *José Luis Requero Ibáñez*, magistrado y vocal del Consejo General del Poder Judicial.

5	PRESENTACIÓN
6	ESTUDIOS
7	Estabilidad presupuestaria y servicios públicos locales (estado de la doctrina) <i>José Luis Requero Ibáñez</i>
20	El estatuto de capitalidad de Madrid <i>Manuel Aragón Reyes</i>
27	El sistema de fuentes de las entidades locales (II) <i>Antonio Serrano Pascual</i>
56	Inmigración, religión y Derecho urbanístico <i>Juli Ponce Solé</i>
72	Protección de datos personales y padrón municipal (II) <i>Ignacio Villaverde Menéndez</i>
91	Régimen sancionador de los funcionarios locales (en especial, el régimen jurídico aplicable a Cataluña) <i>Joaquín José Ortiz Blasco</i>
102	Estudio sobre el actual régimen jurídico estatal y autonómico de las relaciones entre la ordenación del territorio, el medio ambiente, la seguridad vial y las infraestructuras viarias <i>Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli</i>
120	Ordenanzas locales, reserva de ley y reservas democráticas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003 <i>Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero</i> <i>Leonor Moral Soriano</i>
131	Coordinación de la autorización ambiental integrada con otros instrumentos de intervención ambiental: la licencia de actividades clasificadas <i>Judith Domínguez Serrano</i>
152	INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS DE LOS ENTES LOCALES
153	La constitución de las diputaciones provinciales en los supuestos de interposición de recursos contra la proclamación de concejales electos <i>José María Esquerda Roset</i>
154	Posibilidad que el ayuntamiento, con cargo al presupuesto municipal, proceda al pago de multas penales impuestas a cargos electos en virtud de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona: responsabilidad contable y presunto delito de malversación de fondos y de prevaricación <i>Conxa Puebla Pons</i>
161	Informe jurídico en relación con el expediente administrativo que se está tramitando por el Cabildo Insular de Gran Canaria para la desafectación parcial o modificación, en su caso, de la delimitación del Monumento Teatro Pérez Galdós, sito dentro del conjunto histórico Vegueta-Triana, en el término municipal de las Palmas de Gran Canaria <i>Carlos Manuel Trujillo Morales</i>
174	CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS Y LOS REGLAMENTOS LOCALES
175	Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (II) <i>Domènec Sibina Tomàs</i>
213	CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA <i>Domènec Sibina Tomàs</i> <i>Eva Arnal Arasa</i>
215	A) Jurisdicción constitucional
226	B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
227	C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
229	D) Jurisdicción contencioso-administrativa
249	E) Jurisdicción penal
255	ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL