Fundación Democracia y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

número 4

Febrero de 2004

QDL

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

Fun c n
m cr c
yG rn L c l

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

Sisdigraf, S.L. ☎ 933 052 450

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

SUMARIO QDL

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

SEMINARIO PERMANENTE DE DERECHO LOCAL 7

Joaquín Huelin Martínez de Velasco
Magistrado. Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

1. Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001 7

Pablo García Manzano
Magistrado del Tribunal Constitucional

1.1. Observaciones a un debate 18

Rafael Fernández Montalvo
Magistrado del Tribunal Supremo

1.2. Las cuestiones suscitadas por la sentencia y sus consecuencias en el Derecho español 20

Juan Antonio Xiol Ríos
Magistrado del Tribunal Supremo. Letrado del Tribunal Constitucional (e.)

1.3. La Sentencia Scala 2001: ¿odiosa o indiferente para el Derecho urbanístico en España? 28

José M.ª Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

1.4. El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001 31

Jesús Chamorro González
Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo

La reforma de las haciendas locales 35

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrado

La financiación de las haciendas locales: novedades para 2004 45

Javier López Candela
Presidente de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Las competencias en materia de medio ambiente de las corporaciones locales 71

Belén Noguera de la Muela
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social 88

Ángeles de Palma
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores 102

José Luis Martínez-Alonso Camps (coordinador)
Profesor asociado de la Universidad de Barcelona (Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política) y letrado de la Diputación de Barcelona

La aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación por los gobiernos y las administraciones locales: exigencias legales y requerimientos de gestión. Especial referencia a los temas de procedimiento administrativo electrónico, protección de datos de carácter personal y gestión de propiedades y bienes inmateriales 138

Joan Guasch Marimon
Letrado de la Diputación de Barcelona

Albert Ortiz Villuendas
Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración y técnico superior de la Diputación de Barcelona

INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS DE LOS ENTES LOCALES 183

Francisco Cacharro Gosende
Vicesecretario de la Diputación de Ourense

Consulta de un ayuntamiento de la provincia de Ourense sobre los recursos administrativos interpuestos en relación con la concesión administrativa del servicio municipal de abastecimiento y saneamiento 184

Antonio Serrano Pascual
Secretario de la Diputación de Huesca

La legalidad aplicable a la contratos que se celebren por una sociedad instrumental en la que participa el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación n.º 1: Huesca y la Diputación de Huesca . . . 198

CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS Y LOS REGLAMENTOS LOCALES 206

Domènec Sibina Tomàs
Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

Las ordenanzas municipales de protección frente al ruido. I. El marco jurídico y la perspectiva jurídica interdisciplinar 207

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 232

Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa
Abogada

A) Jurisdicción constitucional 234
B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 246
C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 249
D) Jurisdicción contencioso-administrativa 254
E) Jurisdicción civil 275
F) Jurisdicción penal 278

PRESENTACIÓN

QDL

Frente a la pérdida de memoria, nada mejor que la inseguridad jurídica. La incertidumbre produce preocupación y ésta es, a menudo, un magnífico acicate para volver –una vez más– sobre el mismo e inconcluso problema. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conocida como "Scala 2001", ofreció solución jurídica a un caso concreto, pero su doctrina abrió no pocas incógnitas sobre aspectos fundamentales concernientes a lo que podríamos llamar "modo europeo de comprender la intervención pública urbanística", y que, como era de esperar, dada nuestra posición de país miembro de la Unión Europea, iba a tener directa repercusión sobre la conveniencia y validez de ciertas prácticas y regulaciones autorizadas por nuestra legislación de suelo.

Las dudas doctrinales inauguradas por dicha sentencia ni se han estrechado ni han desaparecido, por lo que consideramos pertinente reavivar el debate buscando, desde el encuentro, una pluralidad de perspectivas. Convocamos, a tal fin, el Seminario permanente de Derecho local y encargamos al magistrado y letrado del Tribunal de Justicia Sr. Huelin Martínez de Velasco que estudiase detenidamente aquel pronunciamiento y nos informase sobre su continuidad y repercusión en la propia jurisprudencia del Tribunal. Ahora publicamos el texto ampliado y corregido de aquella ponencia, así como las intervenciones que mantuvieron otras autorizadas voces presentes en aquella sesión de trabajo, que ilustran a la perfección el amplio abanico de cuestiones planteadas por la sentencia.

La fuerza normativa de la jurisprudencia europea y la mayor atención que ésta demanda por parte de quienes nos dedicamos al Derecho local explica, igualmente, la inclusión en estas páginas del estudio efectuado por la profesora Noguera de la Muela en torno al concepto del "poder adjudicador" en materia de contratación y su caracterización en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003.

Pero si la inseguridad que arrostra el pasado impide la llegada del olvido, no es menor la falta de certeza que produce la convivencia con lo desconocido. También ahora se necesita de la reflexión y el conocimiento como remedio con el que apaciguar el desasosiego. En este sentido, los magistrados Chamorro González y Aragonés Beltrán nos ofrecen dos interesantísimas visiones sobre los profundos cambios experimentados por nuestra legislación de haciendas locales, parándose, precisamente, en aquellos aspectos más polémicos y novedosos. Calificativos que resultan de entera aplicación a los presupuestos legales y procedimentales que incorpora la vigente normativa sobre nuevas tecnologías de la comunicación, según lo evidencia con detalle el riguroso estudio coordinado por Martínez Alonso-Camps que recogemos en este QDL.

En nuestro propósito por poner de relieve la complejidad y la pluralidad de cuestiones que se demandan a nuestros gobiernos locales y que se integran, a veces sin quererlo, en el quehacer diario de la actividad municipal, hemos seleccionado dos trabajos que ilustran a la perfección ese crecimiento –a menudo implícito, por falta de asignación legal expresa– de facultades municipales de intervención. En el primero de ellos, el magistrado López Candela estudia, de forma conjunta, las competencias locales sobre medio ambiente, mientras que, en el segundo, la profesora De Palma se adentra en un ámbito competencial tan relevante como carente de un examen sistemático desde la óptica de la Administración local: el de la protección de menores.

Por último, cierran este número las secciones habituales de informes, crónica de ordenanzas y jurisprudencia, cuyos contenidos nos acercan a la vertiente más viva y dinámica de nuestro Derecho local.

Permítase, sin embargo, una apostilla final. Comenzaba esta presentación hablando de la pérdida de memoria. Sin embargo, hay cosas que nunca pueden, ni deben, ser olvidadas. Desde la Fundación Democracia y Gobierno Local, y en nombre de todos sus colaboradores, quisiera dejar constancia expresa de nuestra solidaridad con las víctimas del criminal atentado del 11-M, vecinos de la Comunidad de Madrid y transeúntes de una ciudad más amplia llamada democracia.

Francisco Caamaño Domínguez
Director de la Fundación
Democracia y Gobierno Local

ESTUDIOS
QDL

SEMINARIO PERMANENTE DE DERECHO LOCAL

1. Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001

Joaquín Huelin Martínez de Velasco
Magistrado.
Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

1. Introducción.
2. El proyecto Scala 2001 y su inserción en el ordenamiento jurídico italiano.
3. El Derecho comunitario y la contratación pública.
4. La noción de contrato de obras. El análisis de la Sentencia Scala 2001.
5. El Derecho comunitario y el urbanismo.

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros,[1] conocida por la doctrina como Sentencia Scala 2001, es un buen ejemplo de las dificultades que, en ocasiones, encuentran los jueces de Luxemburgo para que sus pronunciamientos sean asimilados por los sistemas jurídicos de los estados miembros; unas veces, por deméritos propios, y otras, porque, con más frecuencia de la deseable, se olvida que el Derecho comunitario opera con categorías autónomas que no tienen necesariamente que coincidir con las que, con el mismo nombre, actúan en los ordenamientos nacionales.

En dicha sentencia, resolviendo un procedimiento prejudicial promovido por el Tribunal Administrativo regional de Lombardía, el de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado que la Directiva 93/37/CEE[2] se opone a una normativa nacional que, apartándose de sus previsiones armonizadoras, encomienda al titular de una licencia o de un proyecto de obras la ejecución de los trabajos públicos de urbanización, como contribución a las cargas del proceso urbanístico.

Este pronunciamiento ha provocado reacciones diversas en la doctrina española, pero ninguna indiferente. Desde la temprana y extremosa de Tomás Ramón Fernández Rodríguez,[3] para quien la sentencia sacrifica en el "altar de la competencia" los intereses públicos que la tarea de "hacer ciudad" pone en juego,[4] hasta la más distante de Luciano Parejo Alfonso, que opina que no es aplicable al ordenamiento español,[5] pasando por la posición matizada de Rafael Gómez-Ferrer Morant,[6] quien toma en consideración el sistema mediante el que se ejecuta el planeamiento, a fin de determinar la influencia de la sentencia en nuestro sistema jurídico. A las anteriores opiniones pueden añadirse otras, como las de Agustín de Asís Roig,[7] Julio C. Tejedor Bielsa[8] o Marcos Vaquer Caballería.[9] Para el segundo, la Administración tiene la obligación de respetar los principios de la directiva cada vez que celebra un contrato público de obras de urbanización, independientemente del *nomen iuris* asignado por la legislación nacional.[10] En la misma línea, el primero considera que la ejecución de esta clase de trabajos por un sujeto determinado, distinto de la Administración actuante, tiene el carácter de contrato de Derecho público, que debe quedar sometido a su legislación específica.[11] Sin embargo, el último de los tres autores citados entiende que se trata de una figura convencional, pero no de un contrato en el sentido de la directiva.[12]

Estos pareceres doctrinales, y otros,[13] han sido emitidos con un conocimiento profundo y tras un análisis detallado del Derecho urbanístico español, en particular, de los distintos modos de ejecución del planeamiento; desde los sistemas de mayor arraigo, como el de compensación y la junta que lo gestiona, hasta las figuras más novedosas, entre las que destaca el agente urbanizador, introducido en nuestro Derecho por el legislador valenciano,[14] que ha sido emulado por los de otras comunidades autónomas.

Sin embargo, algunas de las mencionadas aportaciones no hacen lo propio con el Derecho comunitario y, especialmente, con las disposiciones de su acervo jurídico que tienen por meta el acercamiento de las legislaciones nacionales en materia de contratación pública. Este segundo bloque normativo ha de ser tomado en consideración para entender en sus justos términos la Sentencia Scala 2001 y sus consecuencias para el Derecho urbanístico español, pues de otro modo existe el riesgo de que el juicio sea emitido sin todos los elementos precisos y, por lo tanto, nazca desequilibrado. La mencionada sentencia es producto del diálogo entablado entre los jueces nacionales, que son la vanguardia en

1. Asunto C-399/98, Rec. págs. I-5409.

2. Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, pág. 4).

3. "La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto 'proyecto Scala 2001') y su impacto en el ordenamiento urbanístico español", en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 505, de 25 de octubre de 2001, págs. 1 a 6. Este artículo fue publicado después en la *Revista de Urbanismo y Edificación,* de la misma editorial, núm. 4, 2001, págs. 119 a 128, y en *Documentación Administrativa,* núm. 261-262, septiembre 2001-abril 2002, págs. 11 a 26 (las referencias corresponden a esta última publicación). El comentario de Tomás Ramón FERNÁNDEZ también ha aparecido en *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* año XI, núm. 6/2001, págs. 1194 a 1208.

4. *Op. cit.*, pág. 19.

5. "La cuestión de inconstitucionalidad de la figura urbanística del 'urbanizador' en su concreta versión original, la de la legislación valenciana", en la edición de *Documentación Administrativa* ya citada, págs. 69 a 108, en particular, pág. 80 y ss.

6. "Gestión del planeamiento y contratos administrativos", en el repetido número de *Documentación Administrativa,* págs. 27 a 67.

7. "Características de la función de urbanización", en *Documentación Administrativa,* núm. 261-262, págs. 165 a 230.

8. "Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La STJ de 12 de julio de 2001", en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo,* num. 112, octubre-diciembre 2001, págs. 597 a 611.

9. "La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística", en *Documentación Administrativa,* núms. 261-262, págs. 231 a 255.

10. *Op. cit.,* pág. 610.

11. *Op. cit.,* págs. 227 y 228.

12. *Op. cit.,* pág. 247 y ss.

13. En *Documentación Administrativa,* núm. 261-262, Francisco BLANC CLAVERO también expone su opinión sobre el alcance de la Sentencia Scala 2001: "La posición jurídica del urbanizador: Urbanismo concertado y contratación administrativa", págs. 143 a 164. Silvia BALLESTEROS ARRIBAS realizó un comentario de urgencia en *Diario la Ley,* núm. 5428, págs. 14 a 16, con el título "Aplicación de la normativa contractual administrativa a las obras de urbanización: Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

14. Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística (DOGV núm. 2394, de 24 de noviembre de 1994).

la aplicación del Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia, que ostenta el monopolio de su última interpretación, y, como en toda conversación, para aprehender su verdadero alcance, deben ser atendidos ambos contertulios, no sólo su discurso, sino también la posición desde la que se pronuncian.

Me propongo, pues, completar la contribución hecha por los autores que he citado, mediante el análisis del Derecho comunitario de la contratación y de sus específicos objetivos (3), para, a la luz de estos últimos, intentar determinar la influencia de la Sentencia Scala 2001 en los ordenamientos urbanísticos de nuestro sistema jurídico (4). Ahora bien, no está de más que, antes, rememore los hechos y el marco normativo que sustentan las cuestiones prejudiciales del Tribunal administrativo italiano (2).

Terminaré mi intervención, a modo de digresión final, exponiendo las razones por las que, en mi opinión, el proceso de construcción de una Europa unida y de una comunidad de derecho en este viejo, pero no caduco, continente, de un modo u otro, y en una dimensión tanto formal como material, está incidiendo, cada día más, en las manifestaciones jurídicas del fenómeno urbano (5).

2. El proyecto Scala 2001 y su inserción en el ordenamiento jurídico italiano

A) El Derecho de la República Italiana distingue las obras de urbanización primaria y las correspondientes a la secundaria. Esta última categoría la forman determinadas instalaciones dotacionales públicas,[15] mientras que las primarias se corresponden con las operaciones que nuestro sistema conoce como obras de urbanización.[16]

De igual forma que en nuestro ordenamiento, en el Derecho italiano la actividad edificatoria está sometida a la obtención de previa autorización, pero, además, el titular debe contribuir, de forma proporcional, a los gastos de urbanización, participación que ha de hacer efectiva en el momento de la concesión de la licencia, salvo que opte por ejecutar directamente las obras.[17]

Más en particular, en el caso de la realización coordinada de un conjunto de labores mediante un plan o proyecto, la autorización municipal queda supeditada a la celebración de un convenio por el que el propietario se comprometa a (1) soportar las cargas inherentes a las obras de urbanización primaria, así como a una parte de las correspondientes a la secundaria o de las necesarias para la conexión de la zona con los servicios públicos, y a (2) ceder gratuitamente los terrenos necesarios para la urbanización secundaria. El importe de esta cuota es proporcional a la magnitud y a las características de las instalaciones proyectadas.[18]

Las anteriores previsiones son matizadas para la región de Lombardía, cuya legislación prevé que, cuando solicite el otorgamiento de una licencia, el interesado puede pedir que se le autorice a realizar directamente una o varias de las obras de urbanización primaria o secundaria, a cuenta de la contribución a las cargas de urbanización.[19]

Ahora bien, cuando se trata de las obras previstas en un plan o en un proyecto más amplio, la concesión de las licencias queda supeditada a la suscripción de un convenio en el que los propietarios se obliguen a la realización de la urbanización primaria y de una parte de la secundaria o de los trabajos que sean necesarios para conectar el sector con los servicios públicos. Si la ejecución de estas labores supone una carga inferior a la contribución debida, deberá pagarse la diferencia. En cualquier caso, el Ayuntamiento puede exigir el abono de una suma correspondiente a su coste efectivo.[20]

B) El Ayuntamiento de Milán aprobó en 1996[21] un programa de obras denominado "Proyecto Scala 2001", que contemplaba (a) la restauración y el acondicionamiento del Teatro alla Scala, (b) la adaptación de los edificios municipales del complejo inmobiliario Ansaldo y (c) la construcción, en la zona llamada "Bicocca", de un nuevo

15. Son obras de urbanización secundaria los centros de enseñanza, cualquiera que sea su nivel, incluidos las guarderías y parvularios; los mercados, las instalaciones deportivas y los espacios verdes de barrio; las antenas de servicios municipales; las iglesias y demás edificios religiosos; los centros sociales; y las instalaciones culturales y sanitarias (artículo 4, apartado 2, de la Ley 847/1964, de 29 de septiembre de 1964, por la que se autoriza a los municipios a contraer préstamos para la adquisición de terrenos conforme a la Ley 167/1962, de 18 de abril de 1962, en su versión modificada por el artículo 44 de la Ley 865/1971, de 22 de enero de 1971, y por el artículo 17 de la Ley 67/1988, de 11 de marzo de 1988). La Ley regional de Lombardía núm. 51/1975, de 15 de abril de 1975, incluye las instalaciones culturales entre las obras de urbanización secundaria.

16. Son obras de urbanización primarias las vías residenciales, las zonas de reposo y de estacionamiento, el saneamiento, las redes de abastecimiento de aguas, energía eléctrica y gas, el alumbrado público, así como los espacios verdes acondicionados (artículo 4, apartado 1, de la Ley 847/1964).

17. Véanse los artículos 1, 3 y 11, apartado 1, de la Ley 10/1977, de 28 de enero, por la que se adoptan disposiciones relativas a los suelos edificables (*Gaceta Ufficiale della Repubblica Italiana*, en adelante GURI, núm. 27, de 29 de enero de 1977). En relación con las obras de urbanización primaria, la Ley 11540/1942, de 17 de agosto de 1942, conocida como Ley de urbanismo (GURI 244, de 17 de agosto de 1942), en la versión resultante de la Ley marco 765/1967, de 6 de agosto de 1967, dispuso, en el artículo 31, apartado 4, que la concesión de la licencia urbanística se supedita a la existencia de las obras de urbanización primaria o a la previsión, por el Ayuntamiento, de su realización dentro de los tres años siguientes o al compromiso de los particulares de llevar a cabo la ejecución de esas obras al mismo tiempo que las construcciones que son objeto de la licencia.

18. Artículo 28, apartado 5, de la Ley 1150/1942.

19 Artículo 8 de la Ley regional de Lombardía núm. 60/77, de 5 de diciembre de 1977 (*Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia,* 2.º, suplemento al núm. 49, de 12 de diciembre de 1977).

20 Artículo 12 de la Ley regional de Lombardía núm. 60/77, en su versión modificada por la Ley regional núm. 31/86, de 30 de julio de 1986 (*Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia*, 2.º, suplemento al núm. 31, de 4 de agosto de 1986).

21. Acuerdo 82/96, de 12 de septiembre de 1996.

teatro. Esta área es un antiguo polígono industrial que, desde 1990, se encontraba sometido a una operación de profunda reconversión urbanística impulsada por la compañía Pirelli, que actuaba como promotor, junto con otros operadores privados. Las obras de urbanización primaria habían sido ya ejecutadas

Al mismo tiempo, la corporación municipal suscribió un convenio con Pirelli, el ente autónomo Teatro alla Scala y Milano Centrale Servizi, compañía mandataria de los promotores del "Proyecto Bicocca". En su virtud, la primera sociedad asumía todos los gastos de planificación, de restauración del Teatro alla Scala y de acondicionamiento de los edificios del complejo inmobiliario Ansaldo, así como los correspondientes a la construcción, sobre los terrenos que los promotores se habían comprometido a ceder gratuitamente, del Teatro alla Bicocca. Además, la sociedad mandataria estaba obligada a construir la estructura exterior de este nuevo edificio y la zona de aparcamiento aneja, como obras de urbanización secundaria imputables a la contribución a las cargas de urbanización.

Los días 16 y 17 de febrero de 1998, el Ayuntamiento[22] aprobó el anteproyecto de construcción del Teatro alla Bicocca, confirmó las obligaciones asumidas por los promotores dos años antes y modificó los plazos de ejecución.

Las dos decisiones municipales fueron impugnadas por el Consejo Nacional de Arquitectos y por algunos de sus colegiados a título individual, quienes cuestionaron su conformidad con el Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

El Tribunal administrativo regional de Lombardía planteó las cuestiones prejudiciales, que fueron resueltas en la sentencia de 12 de julio de 2001, en el sentido que ya he expresado y que, más adelante, analizaré con mayor detenimiento.

3. El Derecho comunitario y la contratación pública

A) El Derecho comunitario es un ordenamiento jurídico[23] sectorial, pero en sí mismo completo y autónomo.[24] Es la emanación de un pacto entre estados independientes que, renunciando a parcelas de soberanía, se encuentran inmersos en un proceso de integración, cuya meta parece cada día más cercana, una vez aprobado el proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.[25]

La idea del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico ha sido objeto de un extraordinario desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, gracias a la que este sistema transnacional ha pasado de ser un escenario político ocupado por los estados miembros a una "comunidad de derecho"[26] en la que los ciudadanos asumen el protagonismo.[27]

Los jueces de Luxemburgo han practicado un activismo judicial prudente e imaginativo, que ha encauzado ese conjunto inicial de normas fragmentarias y poco trabadas que eran los tratados originarios hacia un sistema jurídico unitario y bien ensamblado, donde los vacíos y las lagunas van siendo llenados por los principios que el Tribunal de Justicia decanta, y en el que las fuerzas centrífugas son compensadas por la tensión atractiva que producen reglas estructurales, también de creación pretoriana, como el efecto directo[28] y la supremacía[29] del Derecho comunitario, con la consecuente obligación de los jueces nacionales de inaplicar cualquier norma interna que lo contradiga.[30]

Sin embargo, el propio ordenamiento de la Unión dispone de los resortes precisos a fin de que esa fuerza expansiva no vaya más allá del límite estrictamente necesario para alcanzar los objetivos marcados en los tratados: son los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad que recoge el artículo 5 de la CE (antiguo artículo 3 B),[31] incorporado en Maastrich.[32]

B) El Derecho originario no contiene ninguna disposición particular sobre los contratos administrativos. Sin embargo, alguno de sus principios son pertinentes para la contratación pública y los objetivos que señala aconsejaban una intervención armonizadora sobre este sector normativo. Piénsese en:

–la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social, así como el establecimiento de una unión económica y monetaria;[33]

22. Acuerdo 6/98.

23. El Tribunal de Justicia expuso la idea del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico en fecha temprana, en la Sentencia *Van Gend & Loos,* de 5 de febrero de 1963, 26/62, Rec. pág. 1.

24. En la Sentencia *Costa c. E.N.E.L.,* de 15 de julio de 1964, 6/64, Rec. pág. 114, el Tribunal de Justicia afirmó que "a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instaurado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los estados miembros".

25. Presentado el 20 de junio de 2003 en el Consejo Europeo de Tesalónica (CON 797/1/03 REV 1). El fracaso de la Cumbre de Bruselas representa, en mi opinión, una interrupción momentánea en un proceso ineluctable.

26. Expresión empleada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Les Verts/Parlamento,* de 23 de abril de 1986, 294/83, Rec. pág. 1339.

27. He analizado este proceso en "La ciudadanía europea: ¿Un sueño al alcance de la mano?", trabajo publicado en *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público,* núm. 29, monográfico sobre "La perspectiva de la Constitución europea: Especial consideración del sistema institucional", noviembre de 2003, págs. 53 a 77.

28. Proclamado en la Sentencia *Van Gend and Loos,* ya citada.

29. Consagrada en la Sentencia *Costa c. E.N.E.L.,* citada.

30. Sentencia *Simmenthal,* de 9 de marzo de 1978, 106/77, Rec. pág. 629.

31. La numeración de los artículos del Tratado UE y del Tratado CE se corresponde con las versiones consolidadas publicadas en el DO C 325, de 24 de diciembre de 2002, págs. 1 y 33, respectivamente.

32. El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en el artículo 9, califica ambos principios de fundamentales.

33. Artículo 2, primer guión, de la UE y artículos 2 y 3 de la CE.

–el principio que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad;[34]

–las libertades fundamentales de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, con la consiguiente prohibición de restricciones.[35]

C) Uno de los caminos para alcanzar las metas marcadas por el "constituyente" comunitario y, en particular, para conseguir un buen funcionamiento del mercado único, es la aproximación de las legislaciones nacionales,[36] y, a este fin, la herramienta más adecuada es la directiva, singular fuente de derecho en la que se señala a los estados miembros un resultado a conseguir y el plazo en el que deben hacerlo, dejándoles libertad en cuanto a la forma y a los medios.[37]

En materia de contratación administrativa, la aproximación se puso en marcha con la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,[38] que, tras diversas modificaciones, fue objeto de una codificación en la Directiva 93/37, que es la interpretada en la Sentencia Scala 2001.

La coordinación procedimental en los contratos de suministros fue ordenada, en un primer momento, en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976,[39] después reformada por la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993.[40]

Los contratos de servicios y la coordinación de sus procedimientos de adjudicación son contemplados en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992.[41]

Las normas anteriores (que fueron innovadas por la Directiva 97/52/CE)[42] son codificadas y fusionadas en un único texto que se encuentra actualmente en elaboración: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras.[43]

Junto a la tres mencionadas directivas, llamadas "clásicas", se encuentra otra que persigue los mismos objetivos en relación con específicos contratos administrativos, singularizados por los sectores del mercado en los que se producen (agua, energía, transporte y telecomunicaciones): Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993,[44] modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998.[45]

D) Como sus propios títulos indican, las anteriores normas tienen un objetivo inmediato limitado: la coordinación de los procedimientos de adjudicación en los distintos estados miembros. Pero este propósito es sólo una herramienta al servicio de un designio de mayor alcance: el desarrollo de una competencia objetiva en la contratación pública,[46] mediante la realización de las libertades esenciales para la integración europea.[47]

Más en particular, la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías. En definitiva, se trata de proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otros estados miembros.[48]

De las anteriores ideas se obtiene que, por vía negativa, el propósito de las directivas es doble:

–eliminar el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores y candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos administrativos y, por consiguiente,

–excluir que el órgano competente se guíe por consideraciones distintas de las de carácter económico;[49] por esta circunstancia, el criterio básico de adjudicación es siempre el de la oferta más baja o la económicamente más ventajosa.[50]

Teniendo presentes esos designios, las directivas (también la propuesta) delimitan sus respectivos ámbitos objetivo y subjetivo. En este segundo aspecto, definen las figuras del licitador y del prestador de servicios,[51] así como, en el polo opuesto de la relación

34. Artículo 12, apartado 1, de la CE.

35. Véanse los artículos 14, apartados 2, 23, 25, 28, 39, 43, 49 y 56 de la CE.

36. Véase el artículo 3, apartado 1, letra h), de la CE.

37. Artículo 249, párrafo 3.º, de la CE.

38. DO L 185, p. 5; EE 17/01, pág. 9.

39. DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29.

40. DO L 199, p. 1.

41. DO L 209, p. 1.

42. DO L 328, p. 1.

43. DO 2001, C 29 E, p. 11. La última propuesta modificada ha sido publicada en DO 2002, C 203 E, p. 210.

44. DO L 199, p. 84.

45. DO L 101, p. 1.

46. Véase la Sentencia *Fratelli Costanzo,* de 22 de junio de 1989, 103/88, Rec. pág. 1839, apartado 18 *in fine*.

47. Para el contrato de obras, véanse el primer considerando de la Directiva 71/205 y el segundo de la Directiva 93/37. Para el de suministro, el primero de la Directiva 77/62 y el quinto de la Directiva 93/36. En la Directiva 92/50 (considerando segundo) se contiene igual previsión para los contratos de servicios. Los tres primeros considerandos de la Directiva 93/38 aluden al mismo objetivo en relación con los contratos de sectores especiales. Véase también el segundo considerando de la propuesta de Directiva de 2000.

48. Véanse las sentencias *BFI Holding,* de 10 de noviembre de 1998, C-360/96, Rec. pág. I-6821, apartado 41; *University of Cambridge,* de 3 de octubre de 2000, C-380/98, Rec. págs. I-8035, apartado 16; y *Comisión/Francia,* de 1 de febrero de 2001, C-237/99, Rec. págs. I-939, apartado 41.

49. Véanse las sentencias *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros,* de 15 de enero de 1998, C-44/96, Rec. págs. I-73, apartado 33; *BFI Holding,* apartado 42; *University of Cambridge,* apartado 17; y *Comisión/Francia,* apartado 42.

50. Véanse el artículo 30, apartado 1, de la Directiva contrato de obras; el artículo 26, apartado 1, de la Directiva contratos de suministros; el artículo 36, apartado 1, de la Directiva contrato de servicios; también el artículo 34, apartado 1, de la Directiva sectores especiales. La misma línea sigue la propuesta de Directiva (artículo 53, apartado 1).

51. Artículo 1, letra h), de la Directiva contrato de obras; artículo 1, letra c), de la Directiva contrato de suministros; artículo 1, apartado 6, de la Directiva sectores especiales; y artículo 1, letra c), de la Directiva contrato de servicios. Puede verse también el artículo 1, apartado 4, de la propuesta de Directiva.

jurídica, la de poder adjudicador u órgano de contratación.[52]

En la perspectiva objetiva, el Derecho comunitario contiene la descripción de los contratos públicos de servicios y de suministros,[53] y proporciona el concepto de obra, de contrato de obras y de concesión de obras públicas.[54] Las anteriores son "nociones de Derecho comunitario" necesitadas de una interpretación autónoma; es decir, son significantes cuyo contenido y alcance deben ser precisados desde el ordenamiento jurídico de la Unión, en función de sus necesidades estructurales, en la medida en que requieren una interpretación uniforme en todos los estados miembros. No han de ser explicadas sólo con las categorías propias de los derechos nacionales, sino, esencialmente, en atención a la razón de ser de la armonización procedimental que persiguen las directivas comunitarias.[55]

Así pues, todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas, ofertados por un "órgano de contratación", deben ser adjudicados, cualquiera que sea el Estado miembro, conforme a los principios y a las reglas de procedimiento establecidos en estas normas de Derecho comunitario. A nadie se le puede escapar, pues, la trascendencia que tiene la delimitación conceptual del "contrato de obras".

4. La noción de contrato de obras. El análisis de la Sentencia Scala 2001

A) El asunto Scala 2001 es el primero en el que el Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de enfrentarse directamente con esta noción,[56] que es una idea compleja integrada por varios conceptos. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, se entiende por tal todo (1) contrato, (2) celebrado a título oneroso, (3) por escrito, entre (4) un contratista y (5) una entidad adjudicadora, cuyo (6) objeto sea la ejecución de determinadas obras.

Algunos de estos seis requisitos presentan perfiles bien definidos y no suscitan, en principio, problemas para su delimitación. El carácter escrito[57] del contrato o la "naturaleza de obra" de su objeto[58] carecen de complejidad y en el asunto Scala 2001 no provocaron debate alguno.[59] También fue pacífica la calificación de "entidad adjudicadora" del Ayuntamiento de Milán, en su condición de Administración pública territorial. El concepto de "poder público" a efectos de las directivas sobre armonización de los procedimientos de contratación es uno de los más tratados en la jurisprudencia comunitaria, que, a través de un amplio catálogo de sentencias,[60] ha construido una "noción de Derecho comunitario" al servicio de los objetivos marcados por el legislador de la Unión.

Pues bien, en la Sentencia Scala 2001, el Tribunal de Justicia tenía la ocasión de hacer lo propio con algunos de los otros elementos que integran el significante "contrato público de obras", pero la ha desaprovechado. Es el caso de la idea de "contrato", que los jueces comunitarios han contemplado con el campo de visión limitado por las singularidades de la normativa urbanística italiana, circunstancia que les ha impedido fijar la mirada más allá de sus peculiaridades y ofrecer una

52. Artículo 1, letra b), de las tres directivas "clásicas". Véase también el artículo 1, apartado, 1, de la Directiva sectores especiales.

53. Véanse el artículo 1, letra a), de las directivas contrato de servicios y contrato de suministro, respectivamente.

54. Artículo 1, letras a), c) y d), de la Directiva contrato de obras.

55. El Tribunal de Justicia, en numerosas ocasiones y en distintos sectores materiales, ha acudido a la idea de "concepto de Derecho comunitario" para indicar que una determinada noción contenida en una norma emanada de las instituciones de la Unión no ha de ser interpretada desde las singularidades de un sistema nacional, sino desde las exigencias propias del ordenamiento jurídico de la Comunidad. Véanse las sentencias *Rockfon,* de 7 de diciembre de 1995, C-449/93, Rec. págs. I-4291, apartado 25; *Buratti,* de 16 de enero de 1997, C-273/95, Rec. págs. I-213, apartado 24; *Ertanir,* de 30 de septiembre de 1997, C-98/96, Rec. págs. I-5179, apartado 59; *CSC Financial Services,* de 13 de diciembre de 2001, C-235/00, Rec. págs. I-10237, apartado 35; *Ansul,* de 11 de marzo de 2003, C-40/01, Rec. págs. I-2439, apartado 46; *Karen Mau,* de 15 de mayo de 2003, C-160/01, Rec. págs. I-4791, apartados 30 y 39; y *Desingn Concept,* de 5 de junio de 2003, C-438/01, Rec. págs. I-5617, apartado 15. Con la finalidad de superar las incoherencias en que ha incurrido el Tribunal de Justicia al fijar la noción de "órgano jurisdiccional" a los efectos del artículo 234 de la CE, el abogado general Ruiz-Jarabo ha propuesto un nuevo concepto desde el derecho comunitario, en las conclusiones que presentó el 28 de julio de 2001 (puntos 80 y siguientes) en el asunto en el que fue pronunciada la Sentencia *De Coster,* de 29 de noviembre de 2001, C-17/00, Rec. págs. I-9445.

56. Esta circunstancia aconsejaba que el asunto fuera atribuido al Pleno y no, como lo fue, a una sala de cinco miembros: la sexta.

57. El proyecto de Directiva dice (artículo 1, apartado 12) que "Los términos 'escrito' o 'por escrito' designarán todo conjunto de palabras o de cifras que pueda leerse, reproducirse y después comunicarse. Este conjunto podrá incluir informaciones transmitidas y almacenadas por medios electrónicos".

58. El artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37 define una obra como "el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica". También son tales las que responden a las necesidades especificadas por el poder adjudicador y las incluidas en el anexo II, que enumera las profesiones correspondientes a la nomenclatura general de actividades económicas en las Comunidades Europeas. El Tribunal de Justicia ha declarado que un contrato mixto, cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes, queda fuera del ámbito de aplicación de la directiva si aquella ejecución sólo tiene carácter accesorio respecto de esta cesión (Sentencia *Gestión Hotelera Internacional,* de 19 de abril de 1994, C-331/92, Rec. págs. I-1329).

59. Véanse los apartados 58 a 62 y 87 de la sentencia.

60. Pueden consultarse las sentencias *Beentjes/Países Bajos,* de 20 de septiembre de 1988, 31/87, Rec. pág. 4635; *Mannesmann Anlangebau Austria y otros; Comisión/Bélgica,* de 17 de septiembre de 1998, C-323/96, Rec. págs. I-5063; *BFI Holding; Comisión/Irlanda,* de 17 de diciembre de 1998, C-353/96, Rec. págs. I-8565; *Connemara Machina Turf,* de 17 de diciembre de 1998, C-306/97, Rec. págs. I-8761; *Comisión/Austria,* de 28 de octubre de 1999, C-328/96, Rec. págs. I-7479; *Unieron Scandinavia y 3-S,* de 18 de noviembre de 1999, C-275/98, Rec. págs. I-8291; *University of Cambridge; Comisión/Francia; Agorà y Excelsior,* de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-223/99 y C-260/99, Rec. págs. I-3605; *Universale-Bau y otros,* de 12 de diciembre de 2002, C-470/99, Rec. págs. I-11617; *Adolf Truley,* de 27 de febrero de 2003, C-373/00, Rec. págs. I-1931; *Comisión/España,* de 15 de mayo de 2003, C-214/00, Rec. págs. I-4667; *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros,* de 22 de mayo de 2003, C-18/01, Rec. págs. I-5321; y *Comisión/España,* de 16 de octubre de 2003, C-283/00, aún no publicada en la Recopilación.

interpretación del Derecho comunitario, que es lo que, al fin y al cabo, les pedía el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía.

Creo que han errado el tiro, introduciendo confusión allí donde se pedía claridad, como lo demuestra la diversidad de opiniones sobre el alcance y las consecuencias de la posición que se adopta en la sentencia.[61]

B) El criterio hermenéutico teleológico, al servicio de la finalidad perseguida por la directiva, está presente en la motivación del pronunciamiento y conduce al Tribunal a hacer una afirmación que, en mi opinión, resulta indiscutible: para apreciar la existencia de un "contrato público de obras", los elementos que integran el concepto deben ser interpretados de manera que quede garantizada la eficacia de la norma comunitaria. Pero, de soslayo, se incorpora en la argumentación un elemento que introduce no poca obscuridad y que, al fin y al cabo, dificulta la interpretación de la decisión del Tribunal de Justicia: se trata de las particularidades propias del Derecho nacional aplicable.[62] Estas singularidades no pueden incidir en la interpretación de instituciones propias del Derecho comunitario, como la de "contrato público de obras", que ha de hacerse, de forma autónoma, desde el orden jurídico de la Unión Europea; únicamente, deben de ser tomadas en cuenta por el juez nacional para determinar si la normativa interna se ajusta a las reglas de aquel orden, tal y como hayan sido entendidas por el Tribunal de Justicia en el pronunciamiento prejudicial.

Este error en el enfoque fue provocado, sin quererlo, por el Tribunal administrativo de la región de Lombardía, que preguntó sobre la conformidad con la directiva de la legislación italiana aplicable en el litigio. El Tribunal de Justicia fue consciente del inadecuado planteamiento, pues no es juez del Derecho de los estados miembros, y rectificó el interrogante, pero sólo lo hizo en apariencia, porque se cuestionó si la directiva se opone a la referida normativa italiana.[63] Cambió la redacción de la incógnita, pero no la sustancia, por lo que las singularidades de la ejecución urbanística en el sistema italiano estuvieron presentes en el discurso, como unas anteojeras que impedían mirar en otra dirección. En mi opinión, el planteamiento adecuado era más abstracto, de modo que los jueces comunitarios debieron preguntarse, sin más, si la ejecución de la obra urbanizadora directamente por quien determina la ley, a cambio de quedar exonerado, en todo o en parte, de la contribución que la misma ley le impone, es un contrato público de obras en el sentido de la directiva; esta última era, en realidad, la cuestión debatida.[64]

C) Si el Tribunal de Justicia se hubiera conducido del indicado modo y hubiera establecido distancias con el litigio principal, nunca habría afirmado que un intercambio de prestaciones entre sujetos que determina la ley, sin posibilidad de elección, es un contrato.

Su planteamiento ignora dos ideas que estimo centrales para determinar el concepto de "contrato" a efectos de la directiva. En primer lugar, que, en todos los sistema jurídicos de los estados miembros, cuyo substrato común es fuente del Derecho comunitario,[65] los contratos suscritos por los poderes públicos son una especie de un género mucho más amplio, alumbrado en el Derecho privado y presidido por el principio de la autonomía de la voluntad; cuando la ley impone la obligación a una determinada persona, no hay relación contractual, es otra institución la que entra en juego.[66] La segunda consideración, íntimamente ligada con la anterior, es la de que la sujeción de los contratos que celebran las organizaciones públicas, cualquiera que sea su naturaleza, a los principio de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, así como el sometimiento de su preparación y su atribución a procedimientos públicos y tasados, en los que la satisfacción de los mencionados principios quede garantizada, sólo tiene sentido si el poder adjudicador conserva la capacidad de elección. Cuando la Administración contratante se limita, ya por vía con-

61. En la doctrina italiana han analizado la sentencia Luca G. RADICATI DI BROZOLO, "La Corte di giustizia va alla Scala: normativa comunitaria sugli appalti ed effetti delle sentenze interpretative", en *Il corriere giuridico,* año XIX, 2002, núm. 2, págs. 247 a 245; Mario Alberto QUAGLIA, "Le opere di urbanizzazione tra convenzionei urbanistiche e procedure di evidenza pubblica"; y Giannangelo MARCHEGIANI, "La normativa italiana in materia di urbanistica alla luce di una recente sentenza del giudice comunitario"; estos dos últimos trabajos han sido publicados en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* año XI, núm. 5, págs. 842 a 852 y 852 a 866, respectivamente. Pueden verse también los comentarios de Ivana NASTI, "Opere di urbanizzazione sopra soglia comunitaria e rispetto delle procedure di evidenza pubblica: Il casso Bicocca davanti alla Corte de Giustizia", en *Il corriere giuridico,* año XIX, 2002, núm. 2, págs. 185 a 191, y de Simona GIRIMONTE, "La Corte de Giustizia si pronuncia in materia di appalti e opere di urbanizzazione: nuove riflessione anche alla luce delle recenti modifiche alla legge Merloni", en *Giurisprudenza italiana,* 2002, núm. 11, págs. 2025 a 2028. Martin DISCHENDORFER ha realizado un comentario de urgencia sobre la sentencia en "The Concept of a Public Contract Within the Meaning of the EC Procurement Directives", *Public Procurement Law Review,* 2001, núm. 6, págs. NA127 a NA134. En la doctrina alemana han hecho lo propio Wolfgang WÜRFEL y Mark BUTT, "Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge - oder: Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul?", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht,* 2003, núm. 2, págs. 153 a 158.

62. Véase el apartado 53, *in fine.*

63. Apartado 49.

64. Sin embargo, el apartado 36 de la sentencia enmarca el debate de forma distinta: "El análisis de si la realización directa de una obra de urbanización, como la estructura exterior de un teatro, en las condiciones previstas por la legislación italiana en materia de urbanismo, constituye un 'contrato público de obras' [...]."

65. Desde la Sentencia Algera, de 12 de julio de 1957, 7/56 y 3/57 a 7/57, Rec. pág. 81, el Tribunal de Justicia ha afirmado que, cuando el derecho comunitario no ofrece una solución, está obligado a acudir, so pena de incurrir en denegación de justicia, a las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los estados miembros (FJ A.III, párrafo 5.º).

66. El Código civil español distingue las obligaciones que nacen del contrato de las que tienen su origen en la ley, cuyos regímenes jurídicos son distintos (véanse los artículos 1089, 1090 y 1254 y ss.).

vencional, ya mediante imposición unilateral, a ordenar la ejecución de unas obras a quien la ley determina, no hay contrato, no existe riesgo de que discrimine por razón de la nacionalidad ni de que obstaculice la competencia en el mercado interior, por lo que no es necesaria la aplicación de las disposiciones de la directiva. El abogado general Léger se expresó en este sentido en las conclusiones que presentó en el asunto Scala 2001.[67]

No se trata, pues, de un contrato, sino de un convenio de colaboración, cuyo objeto es, como indica Eduardo García de Enterría, determinar la medida de una obligación preexistente,[68] en este caso, de origen legal. El problema se traslada a un nivel diferente, al de la norma, y este distinto enfoque conduce a una solución diversa. La obligación de urbanizar, como la de ceder terrenos o porcentajes de aprovechamiento urbanístico, es una carga que forma parte del contenido del derecho de propiedad y, en cuanto tal, admisible, en principio, para el orden jurídico comunitario.[69] Recuérdese que el Tratado CE no prejuzga el régimen de propiedad de los estados miembros.[70]

Con este planteamiento, pierden toda su fuerza los argumentos expresados por el Tribunal de Justicia para justificar la condición de "contrato" de la carga urbanizadora que pecha sobre el titular de la licencia. La disposición de un título jurídico por la Administración para exigir la entrega de la obra y garantizar su destino al uso público, así como la potestad de determinar los trabajos que deben ser ejecutados por el obligado,[71] no son notas que permitan calificar como contractual la relación que ambos entablan, pues una y otra son también características de la potestad administrativa para concretar en un supuesto específico el contenido y el alcance de la obligación previamente establecida en la ley. Tampoco lo es la circunstancia de que la Administración municipal conserve la posibilidad de exigir, en lugar de la ejecución de la obra, el pago de una cantidad proporcional a su coste efectivo,[72] que, más bien, aboga por la naturaleza de prestación de origen legal.

D) Una vez afirmado el talante no contractual de la obligación urbanizadora que pesa sobre el titular de la licencia, hubiera sobrado cualquier otra consideración acerca del carácter oneroso de la prestación o de la condición de contratista de quien ejecuta la obra. Ahora bien, la relevancia de la Sentencia Scala 2001 está más en lo que insinúa que en el texto escrito de su motivación. El único error ha sido considerar como un contrato el pacto o el convenio entre el titular de la autorización y la Administración para determinar el alcance de la carga legal que compete a este último, yerro provocado por no saber distanciarse de los hechos del pleito principal.

Pero, hecha abstracción de la anterior circunstancia, la doctrina que contiene es de largo alcance y sus consecuencias para el Derecho urbanístico, relevantes, como han señalado los autores que he citado al inicio de este estudio. Todo trabajo de urbanización es una obra pública[73] que puede ser ejecutada directamente por la Administración[74] o a través de persona interpuesta. En esta segunda hipótesis, si la actuación es realizada por el propietario de los terrenos o por quien promueve la operación urbanística, porque así se lo impone la ley, no hay figura contractual y la directiva no encuentra aplicación.[75] Pero en los demás casos estamos ante verdaderos contratos de obras de carácter oneroso que, en principio, deben quedar sometidos a la disciplina comunitaria.

En este último grupo cabe incluir las situaciones en las que el propietario o el promotor obligado entrega a otro la ejecución de la obra, y no sólo, como entiende el abogado general Léger,[76] aquellas en las que la elección del tercero es realizada, directa o indirectamente, por la Administración. Cuando la obra urbanizadora que compete al propietario o al promotor es llevada a cabo por la persona que designa puede ser reclamada, como con acierto señala el Tribunal de Justicia,[77] la satisfacción de las exigencias que impone la directiva, por aplicación analógica del artículo 3, apartado 4. La persona obligada a urbanizar actúa como un agente de la Adminis-

67. Véanse los puntos 68 y siguientes. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se manifiesta en este sentido (véase *op. cit.,* pág. 17).

68. "Ámbito de aplicación de la ley", en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* obra colectiva dirigida por Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, editorial Civitas, 1996, pág. 116.

69. Ahora bien, el legislador y sus productos también han de respetar el ámbito propio del Derecho comunitario, de modo que una ley que menoscabe sus objetivos debe ser inaplicada (véase la Sentencia *Simmenthal,* ya citada). Nada impide, pues, dudar de la eficacia de un sistema urbanístico que impone al propietario, por vía legal, la obligación de urbanizar, en la medida en que obstaculice dichas metas. Estas consideraciones son producto de las reflexiones de Diego Córdoba Castroverde, amigo y compañero, por este orden, siempre dispuesto a compartir sus ideas.

70. Artículo 295 de la CE.

71. Apartados 67 y 71.

72. Apartado 70.

73. Me refiero a las obras de urbanización en sentido estricto, esto es, a las necesarias para que un suelo adquiera la condición de solar y pueda ser edificado. Son las de viabilidad, de saneamiento, de suministro de agua y de energía eléctrica. María PARDO ÁLVAREZ sostiene, en "El derecho a urbanizar: ¿Sumisión a la Ley de contratos?", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* núm. 198, diciembre 2002, págs. 11 a 36, que no todo trabajo de urbanización es siempre una obra pública. Comparto su opinión en cuanto se refiere a las urbanizaciones privadas, pero, en los demás casos, el destino de los trabajos realizados por los particulares es su cesión a la Administración para que los destine al uso común, por lo que son labores a las que, atendida su afección final, les conviene el calificativo de públicas.

74. En nuestro Derecho, sistemas de expropiación y de cooperación. El primero, como es sabido, puede ser objeto de concesión.

75. Es indiferente que se trate de un propietario único o de varios reunidos en junta de compensación.

76. Véase el punto 78 de sus conclusiones.

77. Apartado 100 de la sentencia.

tración, es su *alter ego*,[78] y en sus relaciones *ad extra* queda sujeta a las mismas exigencias de publicidad y de concurrencia. En estas circunstancias se hacen presentes las razones que justifican la armonización comunitaria de los procedimientos de contratación pública. Si el objetivo es excluir el riesgo de que los contratos que celebran los poderes públicos sean adjudicados en virtud de criterios distintos de los estrictamente económicos, primando razones ajenas a la calidad o al precio de la prestación en detrimento de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, nada hay que aconseje dejar fuera del ámbito de aplicación de la directiva la ejecución de las obras de urbanización que la persona obligada a suministrarlas encomienda a un tercero. Los trabajos conciernen a una obra pública que será puesta a disposición del común por quien determina la ley. El objetivo final es que la urbanización sea realizada y esta obligación es una carga que compete al poder público. La forma de cumplimiento puede ser diversa. En ocasiones corresponde a la propia Administración, porque actúa sobre suelo público, en origen o después de una expropiación, o porque así se le ha encomendado en el sistema de compensación, siendo factible que realice las obras directamente o que las contrate con un tercero. A veces, esa obligación, de cuyo efectivo cumplimiento dicha Administración responde,[79] pecha sobre un particular, ya sea el propietario del suelo ya sea el promotor, quien puede realizar la obra por sí mismo, caso en que la institución contractual está ausente, aunque cabe que la encomiende a otra persona, supuesto en el que, en mi opinión, existe un contrato público de obras en el sentido de la directiva.

En este punto se hace presente la exigencia de que el contrato sea oneroso, a la que el Tribunal de Justicia y el abogado general Léger han dedicado partes sustanciales de la sentencia y de las conclusiones.[80] Esta nota debe ser referida a la contraprestación que corresponde a la Administración pública interesada en la realización de los trabajos, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia en la Sentencia Scala 2001,[81] pero la afirmación ha de ser entendida en un sentido amplio, comprensivo del conjunto de las relaciones jurídicas que se entablan con ocasión de la obra urbanizadora. Si, cerrando el objetivo, se enfoca únicamente el vínculo existente entre el particular obligado a suministrar la urbanización y el contratista que la ejecuta, nada hay que imponga la aplicación de la directiva, porque los intereses públicos que la justifican quedan fuera del campo de visión. Pero si, por el contrario, con una perspectiva más amplia, es contemplada también la obligación de la Administración de poner a disposición de la colectividad la urbanización y, en su caso, la carga del promotor de un proyecto de suministrar la correspondiente a la actuación que impulsa, aparecen en el panorama los objetivos de la norma comunitaria. De este modo, la prestación que "corresponde a la Administración pública interesada por la realización de la obra" y que elimina el carácter gratuito de la prestación no es estrictamente el pago de los trabajos de urbanización realizados por un tercero, sino su entrega al uso común. En definitiva, ya se sufraguen las labores con fondos públicos, porque la Administración esté comprometida a la ejecución de la obra urbanizadora, ya lo sean con caudales privados, porque el obligado sea el particular propietario del suelo o el promotor de la operación, la ejecución material de los trabajos de urbanización por un tercero es un contrato de obras en el sentido de la directiva porque está en juego el interés general que demanda el establecimiento de una efectiva concurrencia de ofertas y la eliminación de obstáculos a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

La situación es menos dudosa, si cabe, cuando los propietarios del suelo se unen formando una agrupación determinada por la ley, como la junta de compensación. En estos casos, la presencia de un "poder adjudicador" en el sentido de las directivas sobre contratación parece indiscutible. Se trata de un organismo de Derecho público, creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industria o mercantil, que está dotado de personalidad jurídica y cuya gestión se encuentra sometida a un control por parte de la Administración.[82]

También se comprenden, con toda claridad, los supuestos en los que la Administración urbanística contrata la tarea con un tercero. En esta hipótesis caben múltiples situaciones, incluida la del agente urbanizador no propietario de algunos de nuestros sistemas autonómicos.[83] Sobre esta figura deben hacerse, sin embargo, dos precisiones. Su incorporación al proceso urbanizador es voluntaria y, por consiguiente, de base convencional,[84] y, cuando entre sus obligaciones se encuentra la ejecución de la urbanización que, en principio, compete a los propietarios, se convierte en un

78. Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.,* pág. 23.

79. Si el particular obligado a urbanizar no cumple con la carga, la Administración debe poner en marcha las potestades que le atribuye el ordenamiento jurídico para forzarle al cumplimiento, incluida la ejecución subsidiaria (artículo 98 de la Ley 30/1992). En este caso, si encomienda las labores a un contratista, parece indiscutible que su selección y la adjudicación de los trabajos quedan sometidos a la normativa sobre contratos públicos, aun cuando el coste sea repercutido en el patrimonio de quien incumplió.

80. Apartados 76 a 86 de la sentencia y puntos 91 a 103 de las conclusiones.

81. Apartado 76 de la sentencia.

82. Véase DE ASÍS ROIG, Agustín, *op. cit.,* pág. 227.

83. Véase GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, *op. cit.,* pág. 64 y ss.

84. La relación entre Administración y agente urbanizador no propietario puede ser calificada de contrato de "concesión" y, por este cauce, quedar sometida a la legislación sobre contratos de las administraciones públicas (véase DE ASÍS ROIG, Agustín, *op. cit.,* págs. 205 a 212). La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en Auto de 15 de octubre de 2001, planteó cuestión de inconstitucionalidad de varios de los preceptos de la Ley valenciana 6/1994, en cuanto no exige res-

contratista de obras públicas. La segunda matización consiste en que, si no realiza los trabajos pertinentes y los encarga a un tercero, el agente queda sujeto a las condiciones de publicidad y de concurrencia impuestas en la directiva; su posición es, en mi opinión, la misma que la del propietario que entrega a otra persona la realización de las obras. Por las razones que acabo de exponer, en ambos casos está presente el carácter oneroso del contrato, exigido por la norma comunitaria.[85]

E) En el razonamiento del Tribunal de Justicia subyace la preocupación porque los trabajos de urbanización que realiza el titular de la licencia por imperativo legal no constituyan una vía de escape en manos de los estados miembros para eludir la aplicación de la directiva, singularmente en un sector económico tan relevante como el de las obras públicas. Esta misma inquietud fue expresada por el abogado general Léger, para minimizarla.[86]

Como este último, creo que el riesgo es escaso. Conforme a las consideraciones que he realizado, únicamente quedan fuera del ámbito de las previsiones armonizadoras las obras de urbanización que el propietario o el titular de la licencia realiza por sí mismo en virtud de una determinación legal. Los demás supuestos, incluida la hipótesis en que el interesado encargue a un tercero la ejecución de los trabajos, quedan sometidos a las exigencias de publicidad y concurrencia, siempre, claro está, que, como recuerda el propio Tribunal de Justicia,[87] el precio del contrato sea igual o superior al umbral señalado en el artículo 6 de la directiva. Ahora bien, aun en los casos en que no se alcance este límite, el Derecho comunitario no deja de ser aplicable y sus principios básicos deben ser respetados.[88]

5. El Derecho comunitario y el urbanismo

La Sentencia Scala 2001 tiene la virtud de que, al margen de su acierto o de la mayor o menor fortuna de su motivación, constituye una llamada de atención para los poderes públicos nacionales. La dimensión jurídica del hecho urbanístico, por muchas que sean sus peculiaridades,[89] no puede escapar a las exigencias que impone el proceso de integración europea. Cualquiera que sea la lógica predominante, la de la obra pública o la de la propiedad,[90] no cabe situar la ordenación urbanística al margen del Derecho comunitario cuando están presentes los elementos que exigen su aplicación,[91] precisamente en un momento en el que, en nuestro sistema compuesto, las comunidades autónomas, que ostentan la competencia exclusiva en la materia,[92] están introduciendo un enfoque empresarial.

Tampoco puede olvidarse que, hoy, aquel proceso no es sólo ni principalmente un fenómeno económico. Desde el pistoletazo de salida, hace más de cincuenta años, hasta nuestros días, ha sido recorrido un largo camino en el que, gracias, entre otras aportaciones, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los derechos de los ciudadanos europeos se han situado en el primer plano de las escena comunitaria, adquiriendo sustancia propia y dejando de ser pálidos reflejos de las exigencias impuestas por la integración de los mercados.[93] Esta dimensión del proceso de construcción europea es capaz de condicionar la regulación jurídica que los estados miembros den al hecho urbanístico, imponiendo la armonización y el acercamiento por razones, no ya sólo formales, sino también sustantivas.

La protección del medio ambiente es un buen ejemplo, cuya incorporación a todas las políticas sectoriales resulta, según algún autor,[94] condición indispensable para la integración europea. El hecho de que, en determinadas situaciones, los estados miembros no puedan hacer frente en solitario a sus responsabilidades medioambientales, porque desbordan sus fronteras, justifica plenamente la intervención de la Unión en aplicación del principio de subsidiariedad y explica el importante

pecto del urbanizador los requisitos de capacidad, de clasificación, ni las prohibiciones para contratar que resultaban del texto entonces vigente de la Ley de contratos de las administraciones públicas. El Tribunal Constitucional, en Auto 133/2002, de 16 de julio, no la admitió a trámite por notoriamente infundada y por carecer de otros presupuestos de procedibilidad. La misma sala territorial, en Sentencia de 1 de octubre de 2002 (recurso núm. 378/99), sostiene que el urbanizador es un concesionario de servicio público, en cuanto gestiona indirectamente una función pública, y, cuando además ejecuta las obras, es un contratista de obra pública, por lo que su selección debe seguir los cauces señalados en la legislación básica estatal sobre contratación pública. Un comentario sobre esta última sentencia puede verse en Marcos SÁNCHEZ ADSUAR, "La aplicación del RDLeg. 2/2000, 16 de junio, a los programas de actuación integrada de la legislación urbanística valenciana", *Actualidad Administrativa,* núm. 29 (2003), págs. 721 a 728.

85. Sobre la figura del agente urbanizador en relación con la Sentencia Scala 2001, véanse Marcos VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.,* pág. 247 y ss., y Agustín de ASÍS ROIG, op. *cit.,* pág. 222 y ss.

86. Véase el punto 106 de sus conclusiones.

87. Parte dispositiva de la Sentencia Scala 2001.

88. Sentencias *Unitros Scandinavia y 3-S,* ya citada, apartado 31, y *Vesteergaard,* de 3 de diciembre de 2001, C-59/00, Rec. págs. I-9505, apartado 21. Pueden consultarse también las sentencias *Telaustria y Telefonadress,* de 7 de diciembre de 2000, C-324/98, Rec. págs. I-10745, apartados 60 a 62, y *HI,* de 18 de junio de 2002, C-92/00, Rec. pág. I-5553, apartado 47.

89. En la Sentencia Scala 2001 el Tribunal de Justicia ha indicado que, cuando concurren los requisitos exigidos, esas singularidades no excluyen la aplicación de la Directiva contrato de obras (apartado 66).

90. Véase FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.,* pág. 19.

91. El Tribunal de Justicia ha reiterado que la disposición contenida en el artículo 295 de la CE no sustrae al régimen de la propiedad de las normas fundamentales del Tratado (sentencias *Fearon,* de 6 de noviembre de 1984, 192/83, Rec. pág. 3677, apartado 7; *Konle,* de 1 de junio de 1999, C-302/97, Rec. págs. I-3099, apartado 38; y *Comisión/Portugal,* de 4 de junio de 2002, C-367/98, Rec. págs. I-4731, apartado 48).

92. Véanse el artículo 148.1.3.ª de la Constitución y las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio.

93. Piénsese en los derechos de propiedad, de libertad de empresa, a la protección de la salud y a disfrutar de un medio ambiente adecuado, proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO C 364, p. 1).

94. LE CORNEC, Erwan, "Droit communautaire, règles d'urbanisme et subsidiarité", en *Revue européenne de doit de l'environement,* núm. 2 (1998), pág. 133.

acervo comunitario en este sector del ordenamiento. Si a la anterior idea se añade la intensa interconexión que existe entre el fenómeno urbano y la defensa del entorno natural, y, por consiguiente, entre sus respectivas manifestaciones jurídicas, se comprende fácilmente la potencial incidencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales en materia de urbanismo.[95]

Buena prueba de lo que digo es la importancia que el medio ambiente tiene en el Tratado CE, en el que, desde el Acta Única Europea, se le dedica un título con la finalidad de proveer a su protección y mejora, de tutelar la salud de las personas y de promover un uso prudente y racional de los recursos naturales;[96] y en el que, a partir de Maastricht, se atribuye al Consejo la facultad de decretar medidas que afecten a la ordenación territorial y a la utilización del suelo,[97] sin perjuicio de la adopción por los estados miembros de disposiciones de mayor protección compatibles con el Tratado.[98]

El Derecho originario ofrece, pues, una base jurídica para que el acervo comunitario derivado contenga disposiciones que, encaminadas a proteger el medio ambiente, incidan sobre las potestades nacionales para ordenar el territorio. Por ejemplo, en materia de conservación de aves silvestres, la Directiva 79/409/CEE[99] impone la obligación de delimitar zonas de protección en las que debe evitarse todo efecto contaminante o de deterioro de los hábitats, así como las perturbaciones que perjudiquen a las aves.[100] Parece claro que dispone límites a las autoridades nacionales para planificar el desarrollo urbano. Dichos espacios, según ha manifestado el Tribunal de Justicia, han de ser definidos exclusivamente en atención a los fines ecológicos contemplados en la norma comunitaria. En la Sentencia Marismas de Santoña,[101] frente al argumento del Gobierno español consistente en que las exigencias ecológicas han de ser subordinadas a los intereses de índole social y económica o, al menos, ponderadas conforme a los mismos, el Tribunal afirmó que los estados miembros no están facultados para invocar a su albedrío excepciones basadas en la consideración de otros valores, [102] que, para ser admisibles, tienen que obedecer a un interés general superior al que responde la directiva, caso que no es el de los requerimientos económicos.[103] El mismo planteamiento ha realizado en relación con la Directiva sobre la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y de la flora silvestres.[104]

Otra muestra es la directiva que atañe al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas,[105] que manifiesta la preocupación del legislador comunitario por la autorización de nuevas instalaciones industriales y por el desarrollo urbanístico en torno a las ya existentes.[106] Esta norma contiene disposiciones encaminadas a que los estados miembros tengan en cuenta en sus políticas de desarrollo los objetivos de protección frente a los accidentes graves y de limitación de sus consecuencias.[107]

Los anteriores ejemplos evidencian que el Derecho urbanístico no puede dar la espalda al proceso de construcción europea. Aún más, la ordenación del territorio y la tarea de "producir ciudad"[108] manifiestan las complejas interacciones existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos que disciplinan nuestra vida colectiva. El urbanismo y la ordenación del territorio son sectores materiales cuya regulación normativa corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas, pero en los que inciden, con mayor o menor intensidad, títulos competenciales del Estado,[109] que los legisladores territoriales han de respetar. Sobre este diseño estructural cabe que insistan las instituciones comunitarias, que, acatando el principio de subsidiariedad y con el fin de alcanzar los objetivos marcados en el Tratado, pueden producir normas de cuya eficacia y efectividad los poderes nacionales son garantes. La ejecución de este complejo entramado corresponde a instancias públicas muy diversas (locales, autonómicas, estatales y, en ocasiones, europeas), sin olvidar la presencia insoslayable de los particulares.

La doctrina y la jurisprudencia españolas han estado a la altura de las circunstancias cuando se ha tratado de dar respuesta a los retos que para el Derecho urbanístico ha planteado el Estado de las autonomías. Estoy convencido de que dentro de unos años podremos decir los mismo respecto de los desafíos a los que, cada día con mayor frecuencia, deben enfrentarse "por culpa" del proceso de construcción de una Europa unida. ■

95. Véase AUBY, Jean-Bernard, "Droit de l'urbanisme et droit européen", en *L'actualité juridique: droit administratif,* núm. 10 (1995), págs. 667 a 673.

96. Artículo 174, apartado 1.

97. Artículo 175, apartado 2.

98. Artículo 176.

99. Directiva del Consejo, de 2 de abril de 1979, DO L 103, pág. 1 (EE 15/02, p. 125).

100. Artículo 4.

101. Sentencia *Comisión/España,* de 2 de agosto de 1993, C-355/90, Rec. págs. I-4221.

102. Apartado 18.

103. Sentencia *Royal Society for the Protection of Birds,* de 11 de julio de 1996, C-44/95, Rec. págs. I-3805, apartado 29.

104. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992 (DO L 206, p. 7), en particular, véase el artículo 6. Puede consultarse también la sentencia *First Corporate Shipping,* de 7 de noviembre de 2000, C-371/98, Rec. págs. I-9235.

105. Directiva 96/92/CE del Consejo, de 9 d e diciembre de 1996 (DO L 10, pág. 13). Esta directiva derogó la Directiva 82/501/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1982, relativa a los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales, conocida como Directiva *Seveso* (DO L 230, p. 1).

106. Véase el 4.º considerando de la Directiva.

107. Artículo 12.

108. Expresión utilizada por ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, "La producción de ciudad en el sistema urbanístico español y valenciano", en *Documentación Administrativa,* núm. 261-262, págs. 257 a 287.

109. Véanse los artículos 148.1 (3.ª) y 149.1 (1.ª, 8,ª 18.ª y 23.ª), de la Constitución y las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 y 164/2001.

1.1. Observaciones a un debate

Pablo García Manzano
Magistrado del Tribunal Constitucional

1. Mi primera observación, tras felicitar al ponente, consiste en solicitar de éste una aclaración. El proceso *a quo* desarrollado ante el Tribunal Administrativo regional de Lombardia parece que fue promovido por dos profesionales arquitectos a título individual, y también por el Consejo Nacional de Arquitectos y los colegios de arquitectos de las provincias de Milán y Lodi. Pues bien, al ser estos profesionales y corporaciones profesionales los demandantes se me plantea la duda de si los acuerdos municipales aprobatorios del convenio impugnado tenían por objeto un contrato público de obras estrictamente, o si se daba en el supuesto decidido por el TJCE un caso de los denominados en nuestra legislación de contratos "contrato de proyecto y obras" (artículos 122 y 125 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, Texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 2/2000). En este último caso, el interés legitimador de los demandantes consistiría en haber eliminado la publicidad y concurrencia no respecto del contrato de ejecución de la obra de estructura exterior del nuevo Teatro alla Bicocca, o al menos no solamente respecto de esta obra, sino singularmente el haber prescindido de la concurrencia exigida por la directiva en relación con la elaboración del proyecto para la ejecución de dicha obra.

2. Entrando ya en el examen de la detallada y enjundiosa ponencia que nos ha expuesto Joaquín Huelin, comparto con él su análisis y valoración de la Sentencia de 12 de julio de 2001 del TJCE, en lo que es el núcleo central de esta importante decisión, y en lo que tiene de crítica a la tesis que inspira su *ratio decidendi*, es decir, que en el caso de la cuestión prejudicial nos hallamos ante un contrato público de obras y, como tal, sujeto a la Directiva 93/37/CEE. Por el contrario, estimo con Huelin, que es erróneo "considerar como un contrato el pacto o el convenio suscrito entre el titular de la autorización (urbanística) y la Administración para determinar el alcance de la carga legal que compete a este último". Como la ponencia entiende, si es el propietario de los terrenos o el promotor de la operación urbanística quien realiza o acomete la obra urbanizadora (y edificatoria), en cumplimiento de una obligación legal, "no hay figura contractual y la directiva no encuentra aplicación". Me parece, pues, que no cabe hablar aquí de contrato por cuanto no existe autonomía de la voluntad que establezca vínculos recíprocos (prestaciones y contraprestaciones) entre las partes, como núcleo característico de la relación contractual. Insisto, por ello, que en este sentido me parece acertada la crítica del ponente respecto de la sentencia analizada, en línea con algunas posturas doctrinales que él mismo señaló al comienzo de su exposición.

3. Pero lo que más me interesa resaltar no es la apuntada concordancia, sino una discrepancia con la ponencia. La misma va referida a lo que, a mi parecer, es una tesis excesivamente generalizadora. Pues, a renglón seguido de negar el carácter o la categoría jurídica de contrato al convenio urbanístico celebrado entre el Ayuntamiento de Milán, como supuesta "entidad adjudicadora", y las demás entidades (Pirelli, el ente autónomo Teatro alla Scala y Milano Centrale Servizi), la ponencia sostiene que "*en los demás casos* estamos ante verdaderos contratos de obras de carácter oneroso que, en principio, deben quedar sometidos a la disciplina comunitaria". Esta afirmación es inmediatamente precisada en un sentido excesivamente amplio, al señalar que: "En este último grupo cabe incluir todas las situaciones en las que el propietario o el promotor obligado entrega a otro la ejecución de la obra."

Mi criterio es que no siempre que el propietario de los terrenos objeto de la obra urbanizadora, o el promotor de la operación urbanística, "entrega" a un tercero la ejecución de aquélla se puede hablar de contrato público de obras (en la terminología comunitaria). En nuestro Derecho interno, me parece que sería preciso distinguir y matizar distintos supuestos. Así, cuando se trata de expropiación por sistema o para ejecución de obras aisladas, la adjudicación de la urbanización a un tercero contratista nos sitúa en el ámbito de la contratación pública (o si se prefiere del contrato de obras

públicas). Y lo mismo, creo, sucede en el sistema de cooperación, puesto que en este sistema de actuación es la Administración quien ejecuta las obras de urbanización, según nuestra legislación urbanística. En estos casos, sí existe un "poder adjudicador" en el sentido de la directiva comunitaria y por ello el contrato debe estar regido por ella y por los principios de publicidad y concurrencia para la selección del contratista, siempre que supere, claro es, el umbral económico de la directiva. Sin acudir a su disciplina, me parece que esta consecuencia también se obtendría por aplicación de nuestra Ley de contratos de las administraciones públicas.

Ahora bien, en otros casos o formas de ejecución del planeamiento urbanístico, la conclusión de la ponencia puede ser puesta en tela de juicio. Podría afirmarse que también cabe hablar de contrato público de obras cuando la tarea urbanizadora es adjudicada por una junta de compensación a un tercero contratista. Pero prescindiendo de estos casos en los que puede afirmarse la existencia de un "poder o ente adjudicador", en los demás supuestos en que la vinculación se establece entre sujetos privados o particulares difícilmente puede calificarse de contrato público de obras. La tesis de la ponencia descansa en considerar a la persona obligada a urbanizar como un agente de la Administración urbanística, como un *alter ego* de la misma, en la expresión de Joaquín Huelin, lo que es también cuestionable, a pesar de que el urbanismo y las operaciones de urbanización se configuren como una "función pública". Pienso que es difícil, y requeriría mayor estudio, determinar si nos hallamos en estos casos ante la figura de un auténtico concesionario de la Administración urbanística.

4. Finalmente, quizás conviniera introducir en el debate el dato del dominio público, en orden a calificar las obras de urbanización como una modalidad específica singular de obra pública. Pudiera así considerarse que, en tanto no se produce la afectación al uso o servicio público de las obras de urbanización, con la consiguiente titularidad de un ente público y calificación del bien como demanial, no cabe hablar de verdaderas obras públicas y, consiguientemente, de contrato público de obras. Solamente se trata, insisto, de tener en cuenta esta perspectiva a la hora de analizar los interesantes problemas que plantea la ponencia. ■

1.2. Las cuestiones suscitadas por la sentencia y sus consecuencias en el Derecho español

Rafael Fernández Montalvo
Magistrado del Tribunal Supremo

Mi intervención en la "mesa debate" sobre la ponencia "La ejecución del planeamiento urbanístico y los contratos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001" impartida por el magistrado Joaquín Huelin Martínez de Velasco, al que felicito, se circunscribe a ponderar las cuestiones que, en mi opinión, mayor trascendencia presentan y a las consecuencias de la sentencia en nuestro ordenamiento.

1. Descripción de la sentencia

1.1. Cuestiones planteadas

Las dos cuestiones prejudiciales resueltas por la sentencia fueron las siguientes.

1.º) ¿Son contrarias a la Directiva 93/37/CEE, a la luz de los principios de rigurosa concurrencia que el ordenamiento jurídico impone a los estados miembros para todos los contratos públicos de obras de importe igual o superior a 5.000.000 €, las disposiciones nacionales y regionales que permiten al constructor (titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado) la realización directa de obras de urbanización, con imputación total o parcial a cuenta de la contribución adeudada?

2.º) No obstante los principios de concurrencia que se acaban de mencionar, ¿pueden considerarse compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario los acuerdos entre la Administración y los particulares en materias caracterizadas por la elección por parte de la Administración de un interlocutor privado con el que suscriben convenios respecto a determinadas prestaciones en caso de que estas últimas superen el umbral previsto por las directivas en esta materia?

1.2. Sobre la función y naturaleza de la cuestión prejudicial

Señala la sentencia que conforme a reiterada jurisprudencia, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 177 del Tratado (artículo 234 de la versión consolidada), corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se adopte, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (cf., en particular, la Sentencia de 13 de marzo de 2001, Preusen-Elektra). La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones plantadas.

Este alcance de la cuestión prejudicial hará que la sentencia del TJCE se limite a responder a la primera de las cuestiones planteadas, y no lo haga respecto de la segunda porque en relación con ésta el órgano jurisdiccional no precisa las disposiciones de Derecho comunitario cuya interpretación solicita ni los aspectos de la legislación italiana de que se trata, cuya aplicación en el litigio principal plantearía problemas en relación con el Derecho comunitario.

El TJCE no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. Sí lo es para proporcionar al órgano jurisdiccional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto de que conozca (cf. Sentencia de 30 de abril de 1998, Sodiprem y otros).

Por consiguiente, reinterpreta la primera cuestión en

el sentido de que *se refiere a si la directiva se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite la realización directa, por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, de una obra de urbanización, con imputación de todo o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de esta obra es igual o superior al umbral fijado por la directiva.*

1.3. La fundamentación sobre la cuestión de fondo

La sentencia analiza los requisitos exigidos por el artículo 1.a) de la directiva para la noción de contrato público de obras: 1.º) contrato; 2.º) celebrado a título oneroso; 3.º) por escrito; 4.º) entre un contratista, y 5.º) un poder adjudicador 6.º) cuyo objeto sea la ejecución de determinadas obras.

Parte del principio de que la interpretación debe realizarse de manera que se garantice que la eficacia de la directiva no quede menoscabada, sobre todo cuando las situaciones presentan particularidades debidas a las disposiciones del Derecho nacional que les son aplicables.

De estos elementos, los realmente controvertidos fueron el de la existencia de contrato y el carácter oneroso.

a) Sobre el carácter contractual:

1.º) El que la realización directa de las obras de urbanización forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tiene características propias y persiga una finalidad específica, distinta de la directiva, no basta para excluir la aplicación de ésta.

2.º) Las obras de urbanización pueden ser calificadas como obras públicas, debido a sus características funcionales aptas para satisfacer las exigencias de urbanización que van más allá de la simple vivienda individual y a que la Administración competente tiene el control de tales obras mientras disponga de un título jurídico que le asegure la disponibilidad con el fin de garantizar su disfrute por todos los usuarios de la zona.

3.º) El que la Administración municipal no puede elegir a su cocontratante (la persona con quien contrata), porque esta persona ha de ser necesariamente el propietario de los terrenos que se van a urbanizar, no tiene carácter decisivo para excluir el carácter contractual de la relación que se establece entre la Administración municipal y el urbanizador, puesto que el convenio de urbanización celebrado entre ambos determina las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso, así como los requisitos correspondientes, incluida la aprobación de los proyectos de dichas obras por el ayuntamiento. Además, en virtud de los compromisos adquiridos por el urbanizador en dicho convenio, el ayuntamiento dispondrá de un título que le garantizará la disponibilidad de las obras de que se trate, a los efectos de la afectación pública.

4.º) La circunstancia de que el convenio de urbanización se rija por el Derecho público y resulte del ejercicio de un poder público no se opone al cumplimiento del requisito contractual previsto en el artículo, 1 letra a), de la directiva, sino que aboga en su favor. En efecto, en varios estados miembros, el contrato celebrado entre una entidad adjudicadora y un contratista es un contrato administrativo regulado por el Derecho público.

b) Sobre el carácter oneroso:

El carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde a la Administración pública interesada por la realización de las obras que son objeto del contrato contemplado en el artículo 1, letra a), de la directiva.

Los propietarios de los terrenos que se van a urbanizar deben sufragar el coste de las obras de urbanización primaria, así como una parte proporcional del coste de las obras de urbanización secundaria inherentes a la urbanización o de las obras que sean necesarias para conectar la zona de que se trata con los servicios públicos. Y el titular de la licencia puede comprometerse a realizar directamente las obras a cuenta de la contribución adeudada en concepto de las cargas de urbanización cuyo pago corresponde a la concesión de la licencia.

Los términos "con imputación a cuenta" permiten considerar que, al aceptar la realización directa de las obras de urbanización, la Administración municipal renuncia al cobro del importe adeudado en concepto de la contribución prevista.

Frente a la alegación realizada por las partes coadyuvantes en el litigio principal y por el Gobierno italiano de que el pago de la contribución a las cargas de urbanización está previsto como una alternativa a la realización directa de las obras y, por consiguiente, es erróneo considerar que existe un crédito pecuniario a favor del ayuntamiento, y de que la realización directa de las obras produce el efecto útil de permitir al propietario urbanizador el libre ejercicio de la facultad de construir exonerándolo de la obligación de pagar la contribución a las cargas de urbanizar, el TJCE señala que se trata de una interpretación de la legislación nacional italiana que corresponde al órgano jurisdiccional de remisión. Y según éste, el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado que realiza las obras de urbanización no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor, salvo que exista complemento en dinero, de la que es acreedor el ayuntamiento, a saber, la contribución a las cargas de urbanización, sin que el carácter alternativo de la obligación, contribución en dinero o la ejecución directa de las obras permita diferenciar su causa dependiendo del procedimiento de ejecución escogido o preestableci-

do por el legislador.

1.4. Decisión de la sentencia

La decisión del TJCE se concreta en los siguientes términos: La Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por esta directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la directiva.

2. Cuestiones suscitadas por la sentencia

2.1. Sobre la naturaleza y el alcance de la cuestión prejudicial

El artículo 234 (antiguo artículo 177) del Tratado incorpora un mecanismo de remisión prejudicial al TJCE, que tiene como finalidades: garantizar la uniformidad del Derecho comunitario, favorecer su desarrollo, garantizar la estabilidad del Derecho derivado y proporcionar, incluso, a los particulares una protección efectiva de los derechos e intereses que les reconoce el ordenamiento jurídico de la Comunidad. El precepto incorpora en su sistema dos supuestos de cuestiones prejudiciales de distinta naturaleza: *la remisión de interpretación*, aplicable al propio Tratado y al Derecho derivado [artículo 234.a) y b)], y la *remisión sobre apreciación de validez* respecto al Derecho derivado [artículo 234.b)]. Si bien esta distinción teórica no evita que en la práctica se produzcan, a veces, en estrecha conexión, en la medida en que la cuestión de invalidez comporta una interpretación de las normas que condicionan la validez jurídica del acto de Derecho derivado controvertido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina general sobre la cuestión prejudicial europea en la Sentencia de 20 de septiembre de 1996,[1] cuyos pronunciamientos se acogen y se reiteran en ulteriores pronunciamientos como el que representan las sentencias de 10 de febrero de 1997, de 15 de julio de 1999 y de 17 de noviembre de 2001.

Conforme a dicha doctrina, el procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el TJCE, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, 244/80). Sólo al juez nacional corresponde valorar la necesidad de una decisión prejudicial y la pertinencia de las cuestiones suscitadas por las partes atendiendo a la existencia o no de un problema de interpretación del Derecho comunitario aplicable que no pueda resolver por sus propios medios; pues no puede ignorarse que también a él corresponde aplicar dicho Derecho comunitario y que el monopolio jurisdiccional del TJCE sólo afecta a la declaración de invalidez de los actos de instituciones comunitarias (STJCE de 22 de octubre de 1987, Foto Frost, 341/85). De manera que el artículo 234 del Tratado no constituye una vía de recurso abierta a las partes de un litigio pendiente ante el juez nacional, no basta con que las partes sostengan que el litigio plantea una cuestión de Derecho comunitario para que resulte obligado el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que el juez nacional ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial tomando en consideración los siguientes elementos: *a*) aplicabilidad de las disposiciones de Derecho comunitario en litigio; *b*) existencia de una duda sobre el significado o la validez de una norma de Derecho comunitario aplicable, de cuya decisión dependa el sentido del fallo del litigio, y *c*) imposibilidad de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y de aplicación del Derecho comunitario.

En síntesis, sustituido por la propia doctrina del TJCE el criterio de la "separación" por el de la "cooperación" al diseñar el reparto de funciones jurisdiccionales entre el juez comunitario y el juez nacional (STJCE de 11 de diciembre de 1961, Schwarze, 16/65), corresponde a éste: la iniciativa de la remisión (STJCE de 16 de junio de 1981, Salonia, 126/80, y de 6 de octubre de 1982, CILFIT, 283/81) y decidir si es "necesario para dictar su fallo" que el TJCE se pronuncie, con autoridad de cosa interpretada (STS de 3 de noviembre de 1993), sobre algún extremo del Derecho comunitario ("pertinencia de la cuestión planteada"). Así, pues, conforme al sistema resultante del artículo 234 del Tratado (anterior artículo 177) "el juez nacional, que es el único que tiene conocimiento de los hechos del asunto, así como de los argumentos aducidos por las partes, y que deberá asumir la responsabilidad de la resolución judicial que haya de ser pronunciada, está mejor situado para apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de Derecho suscitadas en el litigio de que

1. La sentencia se dictó en el Recurso de apelación 10628/91 sobre distribución de cuota base de producción de isoglucosa entre las distintas empresas productoras.

conoce y de la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su resolución" (STJCE de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board, 83/78).

Los párrafos segundo y tercero del artículo 234 del Tratado distinguen la "facultad" de plantear cuestiones al Tribunal de Justicia que corresponde a "cualquier órgano jurisdiccional de los estados miembros" y la "obligatoriedad" de plantear la cuestión y efectuar la remisión al Tribunal de Justicia cuando se trata del "órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno". En este caso, para garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho comunitario, teniendo en cuenta, además, el valor de jurisprudencia nacional que tienen las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional, se impone la obligación de plantear, antes de resolver, la cuestión prejudicial. Si bien ello no supone negar un margen de apreciación del supremo juez nacional o de última instancia, sobre la "pertinencia del planteamiento" o efectuar el "juicio de relevancia" para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales; de manera que puede excluirse tal planteamiento cuando exista jurisprudencia en la materia o cuando la interpretación correcta para aplicar la norma comunitaria sea evidente, pudiendo resolver por sus medios las dudas interpretativas.

La valoración de la pertinencia de la cuestión prejudicial suscitada que corresponde efectuar al juez nacional, incluso cuando culmina la instancia judicial interna, ha estado presidida por el criterio del "acto claro". Esta doctrina utilizada tanto por el Consejo de Estado francés (A. 11604 Ministre de l´Interieur c/ Cohn-Bendit, Resolución de 22 de diciembre de 1987) como por el Tribunal Federal de Finanzas alemán (Bundesfinanzhof, resoluciones de 16 de julio de 1981 y de 24 de abril de 1985), fue cuestionada sosteniéndose que debía ser automático el reenvío al TJCE de toda cuestión suscitada ante un órgano jurisdiccional nacional de última instancia porque éste carecía de competencia en virtud del artículo 177, apartado 3, del Tratado (actual artículo 234) para retener aquélla, porque el pronunciamiento sobre la claridad de la cuestión es precisamente el resultado de la interpretación, y porque la noción del "acto claro" no se adapta a la complejidad del ordenamiento comunitario. Sin embargo, si el TJCE, en un primer momento, pareció considerar que la obligación contenida en el artículo 177, apartado 3, del Tratado (actual artículo 234) era absoluta, al menos desde la Sentencia CILFT (STJCE, de 6 de octubre de 1982) ha precisado que existen dos hipótesis que dispensan al juez de última instancia del reenvío: la primera es aquella en que existe una jurisprudencia establecida del TJCE que resuelve el punto controvertido, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a dicha jurisprudencia; la segunda se produce cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no da lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión o, en sus propias palabras, "la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no da lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada", en tal caso, siempre que el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que "la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de otros estados miembros, así como al Tribunal de Justicia", podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

La misma doctrina del "acto claro" ha tenido reflejo en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo (STS de 17 de abril de 1989 y de 13 de junio de 1990). En consecuencia, puede entenderse que resulta justificada la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial: cuando no condicione el sentido del fallo (irrelevancia de la cuestión), de manera que cualquiera que sea la respuesta del TJCE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (STJCE de 22 de noviembre de 1978, Matheus, y de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, entre otras); cuando pueda afirmarse la evidencia en la respuesta porque no exista duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición comunitaria aplicable, teniendo en cuenta, como ha puesto de relieve el TJCE, tanto el contexto como el conjunto normativo al que pertenece la norma a interpretar (sentido claro); y cuando se encuentre "aclarada" la duda objeto del litigio, dada la identidad de la cuestión con un litigio resuelto por el TJCE, de manera que pueda invocarse la doctrina del precedente o, incluso, de la jurisprudencia comunitaria, como señaló ya la STCE de 27 de marzo de 1963, Da Costa, 28 a 30/62.

Con una formulación general puede decirse que cesa la obligación de plantear la cuestión, *ex* artículo 234 del Tratado, cuando el Tribunal nacional puede resolver por sí coherentemente el problema de interpretación y/o de validez suscitados en relación con la norma comunitaria, teniendo en cuenta, además de los criterios expuestos, los siguientes principios: *a*) el juez nacional es garante no sólo de los principios estructurales básicos del Derecho comunitario que representan su efecto directo y su primacía, sino también, desde su posición de órgano cuyas decisiones crean jurisprudencia, de la unidad de aplicación del Derecho comunitario; *b*) las cuestiones prejudiciales de interpretación y de validez aparecen, a veces, vinculadas, ya que pueden formularse conjuntamente y, con frecuencia, el examen de la validez de un acto o norma comunitaria plantea un problema previo de interpretación; *c*) la cuestión de validez no puede suscitarse en relación con los propios tratados constitutivos o Derecho comunitario originario, y *d*) en el supuesto de impugnación de la validez de un acto

o norma comunitaria derivada, el órgano jurisdiccional nacional "no tiene la facultad de declarar su invalidez" (STJCE de 22 de octubre de 1987, Foto Frost, 341/85) o, en otras palabras, tiene competencia para desestimar las objeciones que se formulen contra la validez, pero, por el contrario, no la tiene para apreciar y declarar su invalidez sin acudir a un pronunciamiento prejudicial del TJCE.

En cualquier caso, si el juez confía en la validez e interpretación de la norma comunitaria o, si elevada al TJCE la cuestión, éste se pronuncia sobre dicha validez e interpretación, el juez nacional está legitimado (y obligado) para resolver, en virtud de su propia autoridad, sobre la inaplicación de la ley interna posterior contraria a aquélla.

La relación por vía de la cuestión prejudicial del artículo 234 del Tratado entre los jueces nacionales y el TJCE, unos y otro órganos judiciales comunitarios, no es el de subordinación institucional ni procesal. Aquel tribunal no es superior jerárquico de los nacionales ni sus sentencias pueden revisar o casar las de éstos.[2] Se trata de un mecanismo que, sobre la base de la utilización de la técnica prejudicial, contribuye a configurar las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y los derechos internos de los estados.

Ahora bien, la vinculación que, para el juez nacional que ha formulado el reenvío prejudicial sobre la legalidad de una norma o de un acto comunitario (remisión de validez), se deriva de la sentencia dictada por el TJCE que declare la nulidad de dicho acto: privado de validez el acto o la norma comunitaria, simplemente el órgano jurisdiccional nacional debe tomar nota de la decisión y obrar en consecuencia, esto es, partiendo de la invalidez del acto o de la norma comunitaria cuestionada.

Pero también resulta vinculante para el juez nacional la resolución del TJCE adoptada en los supuestos de remisión de interpretación. En estos supuestos la vinculación resulta de la propia finalidad uniformadora del mecanismo prejudicial y de la seguridad jurídica.[3]

2.2. La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas

Una de las razones de ser de dicha ley fue la adecuación del ordenamiento español en materia de contratación de las administraciones públicas a la normativa europea. La necesidad de ajustar la regulación de dicha contratación al "mercado único" impuesto por el Derecho comunitario es una de las directrices básicas de la ley que se proyecta singularmente sobre la determinación de su ámbito de aplicación (artículos 1 a 9, 130 a 134 y disposición adicional sexta).

La ley española ha incorporado para todos los contratos sujetos a su ámbito conceptos provenientes de las normas europeas. Y de este modo la interpretación que el TJCE haga de conceptos tales como "poder adjudicador" y ente público ha de tener una especial importancia para el entendimiento de la propia ley.

Así, resulta que las directivas, con el objetivo de conseguir la transparencia en el mercado de la contratación pública, consideran organismos de Derecho público todo aquel que reúna dos requisitos: *a*) haber sido creado para satisfacer especialmente necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, y *b*) estar su actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o estar sometida su gestión a un control por parte de éstos últimos, o estar compuesto su órgano de administración, dirección o vigilancia por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

Parece, por tanto, adscribirse el Derecho comunitario europeo más una concepción funcional que formal del ente público a los efectos de la contratación administrativa que debe ser tenida en cuenta cuando se examinan las distintas clases de entes instrumentales de la Administración española. Para dicho Derecho, cualquier forma jurídica que utilice el Estado u otro ente público es irrelevante si como consecuencia de su actividad y de su financiación o control efectivo cabe incluirlo dentro del concepto de "poder adjudicador".

La necesidad de ajustar nuestro sistema de contratación al Derecho comunitario europeo determinó la modificación en el trámite parlamentario de la redacción inicial del proyecto de ley en cuanto al ámbito subjetivo de las exigencias de la contratación administrativa. Y así se sustituye el inicial texto por una incorporación prácticamente literal de la delimitación de entes públicos que se hace en las correspondientes directivas

2. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M. *La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas II. La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial.* Madrid: Escuela Judicial, CGPJ, 2001.

3. En la práctica del Tribunal Supremo se pueden citar algunos precedentes no siempre coincidentes: *a*) la STS de 3 de diciembre de 1993 reconoce la autoridad de "cosa interpretada" a la sentencia del TJCE en un recurso interpuesto de modo directo contra un real decreto legislativo sobre el principio de libre prestación de servicios; *b*) la STS de 19 de julio de 1995, Sala Segunda, en materia de circulación de capitales, declara que el principio de supremacía del Derecho comunitario no tenía como consecuencia la despenalización de las conductas de quienes salieron de España con más de cinco millones de pesetas sin autorización, ya que no declararon tampoco esa exportación de capital y el Derecho español, y a tenor de las STJC, era incompatible con el Derecho comunitario una reglamentación que exigiera la autorización previa para la exportación física de billetes pero no la exigencia de dicha declaración; *c*) la STS de 9 de febrero de 1999, que reconoce la vinculación derivada de una sentencia del TJCE que declara la validez de un reglamento comunitario en relación con el cálculo de pensiones de trabajadores cuya vida laboral había transcurrido parcialmente en Alemania, y *d*) la STS de 17 de diciembre de 1997, que incluye la jurisprudencia del TJCE entre las fuentes complementarias del ordenamiento jurídico español en materia de subsidio de desempleo para trabajadores mayores de 52 años.

comunitarias en materia de contratación de obras, servicios y suministros a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de las mismas. En definitiva, las reiteradas condenas al Estado español por el TJCE impedían la pretensión de mantener la situación anterior.

La interpretación que el TJCE ha consolidado sobre las directivas de contratación tienen en nuestro Derecho un doble efecto. La doctrina del Tribunal Constitucional vincula a nuestras autoridades y jueces en aplicación de las normas transpuestas al Derecho español, como consecuencia obligada para todos los ordenamientos de los estados miembros. Y, además, tal influencia se encuentra reforzada como consecuencia del modo de transposición de las directivas por el TRLCAP. Conforme al artículo 1.3 de dicha ley, deben ajustar su actividad contractual a la presente ley las entidades de Derecho público que reúnan dos requisitos: satisfacción de necesidades de interés general y dependencia efectiva de una administración u otra entidad de Derecho público.

2.3. El régimen jurídico de la contratación pública y el urbanismo

El punto crucial y, desde luego, cuanto menos controvertido es la proyección que hace la sentencia del régimen de la contratación pública europea, especialmente en lo que se refiere a las exigencias de publicidad y concurrencia, al ámbito del urbanismo.

Se basa en una noción del contrato público de obras que no responde a nuestra dogmática en algunos aspectos.

No encontramos reparos en la proyección del Derecho europeo al urbanismo; o, dicho en otros términos, no es el urbanismo un ámbito sustraído a las exigencias del propio proceso de integración europea ni está al margen del ordenamiento comunitario. Así lo pone de relieve el ejemplo del medio ambiente, en el que los estados miembros no pueden hacer frente en solitario a las responsabilidades que les corresponden y está justificada plenamente la intervención en aplicación del principio de subsidiariedad, lo que explica la existencia de un importante acervo comunitario.

Tampoco resulta infundada la consideración como obra pública de la obras de urbanización desde la propia concepción funcional e intervención administrativa.

En cambio, sí merece reparo la posición incorporada a la sentencia en los dos puntos centrales de su *ratio decidendi*.

a) La falta de posibilidad de elección del contratista por la entidad o el poder adjudicador, del ayuntamiento en concreto, debió ser considerada decisiva para excluir el carácter contractual. No ya sólo desde la perspectiva de las categorías jurídicas, en las que la facultad de elegir al contratante constituye un elemento esencial del contrato, sino desde la más concreta de la finalidad de la directiva europea que es la publicidad y concurrencia: ¿cómo se puede imponer a quien no puede elegir la obligación de dicha publicidad para la apertura de una licitación encaminada a una adjudicación de la ejecución de las obras? Y, como advirtió el abogado general, qué riesgos de discriminación pueden advertirse si el poder adjudicador carece de facultad para discriminar por venir reconocida por la ley la facultad de ejecución directa de las obras, que de esta manera se impone a la capacidad de decisión de la Administración.

Tan importantes objeciones no debieron ser eliminadas del razonamiento jurídico de la sentencia mediante la afirmación prácticamente apodíctica de que eso no es lo importante sino que lo trascendente es que el convenio de urbanización determine las obras a realizar y que el ayuntamiento disponga de un título que le garantice la disponibilidad de las obras de que se trate, a los efectos de la afectación pública.

Esto último hace que podamos hablar de obra pública y que el convenio sirva para la determinación de la obra; todo ello permite el encuadramiento del convenio de urbanización en la categoría de los convenios de colaboración encaminados a la determinación del alcance de una obligación preexistente; en este caso de origen legal.

b) No existe realmente una contraprestación por la Administración que otorgue a la relación la condición de onerosa, pues el ayuntamiento se limita a aceptar que el propietario cumpla la obligación alternativa que la ley le impone de una de las dos formas posibles: ejecutando él mismo las obras de urbanización o pagando en metálico su coste.

Lo que la legislación urbanística trata de lograr es la autofinanciación de las actuaciones urbanizadoras y edificatorias manteniendo el control público de las mismas. En estos supuestos es evidente que no existe desembolso monetario de la Administración urbanística a favor de los gestores de la obra de urbanización, aunque sí, indudablemente, beneficios económicos derivados de la decisión pública urbanística. En tal caso resulta difícil situar en nuestro ordenamiento jurídico las consecuencias de una doctrina del TJCE que supone el tratamiento de la obra urbanizadora como pura y simple obra pública, de manera que para ejecutarla deba adjudicarse el correspondiente contrato conforme a lo establecido en la normativa europea y estatal en la materia.

3. Las consecuencias de la sentencia en el Derecho español

3.1. La Administración asume la financiación de las obras de urbanización

Cuando la propia Administración financia las obras de urbanización (ejecución de los sistemas generales o de obra aislada) resulta aplicable con normalidad la

legislación de contratos de las administraciones públicas, adaptada, como se ha dicho, a la Directiva 93/37 y a las demás normas comunitarias, salvo que la Administración decida ejecutar las obras en cuestión por sus propios medios. Si bien es cierto que la ejecución de obras por la propia Administración constituye una excepción al principio o regla general del "contratista interpuesto" como medio más eficaz para la realización de obras públicas. Sólo en determinados supuestos tasados en la normativa de contratación de las administraciones públicas, el legislador considera que el interés general y la eficacia aconsejan que la propia Administración ejecute las obras.

El principal rasgo definidor de la ejecución de obras por la propia Administración es que la obra se ha de acometer por las propias estructuras o servicios de la Administración con sus medios personales y reales, con la posibilidad de colaboración de empresarios particulares hasta los límites contemplados en la normativa. En todo caso, la responsabilidad de la ejecución de la obra recae sobre el órgano gestor de la Administración y la colaboración tiene, por tanto, carácter secundario o subordinado.

Una de las cuestiones sobre las que más se debate es sobre qué ha de entenderse por ejecución directa de obras por la propia Administración y si tal ejecución directa abarca una serie de supuestos y más concretamente aquellos casos de ejecución de obras por organismos autónomos y sociedades de Derecho privado exclusiva o mayoritariamente participadas por una administración pública.

Ruiz Ojeda y García Bernaldos de Quirós[4] entiende que la consideración de ejecución directa no sólo afecta a los casos de ejecución de obras por órganos o dependencias especiales no personificadas, sino también incluye los supuestos en que la Administración recurre, a semejanza de lo que se prevé en el ámbito de los contratos de gestión de servicios públicos, a las sociedades de Derecho privado en cuyo capital social sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma.

El correcto entendimiento y aplicación del régimen jurídico de las obras ejecutadas es esencial para evitar fraudes al sistema de contratos públicos en lo que se refiere a la elusión de requisitos de procedimiento y de concurrencia. En especial, debe evitarse la práctica consistente en conferir de manera estable y general a un ente instrumental la ejecución de obras, como claramente se infiere del carácter restrictivo con el que se configura legalmente la ejecución de obras por la propia Administración y de la necesidad de contar con una autorización especial (*ad causam*), como se desprende del artículo 153 del TRLCAP, con la sola excepción de los casos contenidos en el apartado 9 del artículo 152.1 del TRLCAP.

En el ámbito jurisprudencial son destacables las STS de 16 de septiembre de 1988 y de 30 de septiembre de 1991. En esta última se examina un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acuerdo del Ayuntamiento de Alcobendas (Madrid) de transformación de un servicio de gestión directa como órgano especial de administración en una sociedad anónima privada municipal.

En el fundamento de derecho tercero se señala:

"En efecto, la posición restrictiva existente en nuestro ordenamiento administrativo a que la Administración ejecute directamente obras, que resulta del párrafo introductorio de la LEC [Ley de contratos del Estado], perfectamente adecuada a las exigencias de la normativa comunitaria europea y claramente aplicable en el ámbito de la Administración local, no implica en modo alguno una prohibición absoluta, como se demuestra por la enumeración de los supuestos que efectúa el citado artículo 60 de la LCE en los que sí cabe la ejecución directa. Así acontece cuando la Administración tiene montados servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada (artículo 60.1 de la LCE). Los municipios están habilitados para la creación de la estructura necesaria para la ejecución directa de sus obras ya que si la LCE, aplicable como se ha dicho a la Administración local, permite la ejecución directa de las obras cuando la Administración cuenta con servicios técnicos o industriales aptos para la realización de la obra proyectada ha de concluirse que la administración está habilitada para el montaje de tales servicios. Por ello la municipalización acordada no incide, desde el punto de vista de la contratación administrativa en ilegalidad ya que habrá de ser después (en el expediente correspondiente a cada obra concreta) cuando habrá que determinar si concurren o no los requisitos propios de la ejecución directa que permiten prescindir de la contratación con terceros."

3.2. El propietario pretende edificar en una parcela de su propiedad

Cuando se trata de un propietario que quiere edificar en una parcela de su propiedad cuya urbanización está incompleta y necesita, por tanto, un complemento para que se convierta en solar edificable. La solución viene contemplada en los artículos 13 y 14 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, así como en los artículos 40 y 41 del Reglamento de gestión urbanística de 1978 y el artículo

4. RUIZ OJEDA Y GARCÍA BERNALDOS DE QUIRÓS. *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a su reglamento de desarrollo parcial*. Madrid: Civitas, 1996.

21.1.c) del Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, que autorizan al propietario a edificar siempre que se comprometa al mismo tiempo a ejecutar la urbanización pendiente y asegure el cumplimiento de dicha obligación mediante la correspondiente fianza. El artículo 13 de la Ley 6/1998 establece: los propietarios de suelo urbano tienen derecho a completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares edificables y a edificar éstos.

En este caso, aunque la obra de urbanización sea una obra pública, no parece que pueda exigirse al propietario que convoque una licitación pública para la adjudicación de la ejecución de la obra a un tercero. Si el promotor fuese una inmobiliaria, sería absurdo que se le obligara a contratar con otra empresa del sector unas obras que él mismo puede hacer. Si no fuera una inmobiliaria, tampoco parece procedente que se le impusiera dicha convocatoria violentando el derecho a elegir una empresa de su confianza a la que ha de pagar con su propio dinero.

La realización directa de las obras por el propietario parece que debiera quedar fuera de la directiva:

a) Las obras difícilmente alcanzarán los 5.000.000 €.

b) No hay sombra alguna de contrato.

c) Son obras complementarias, lo que remitirá a la excepción contemplada en el artículo 7.3.d) de la directiva.

3.3. Los propietarios asumen el pago de las obras de urbanización

Los artículos 14.2.e) y 18, apartados 3 y 6, de la Ley 6/1998 emplean la expresión "costear y, en su caso, ejecutar", aunque no se precisan los casos en que la obligación consiste en costear y aquellos en los que la obligación es ejecutar.

Parece que la obligación consiste en costear cuando se trata del sistema de cooperación, hoy considerado de gestión pública. Y de obligación de ejecutar cuando se trata del sistema de compensación, prototipo de la gestión privada.

a) Sistema de cooperación.

En el sistema de cooperación, los propietarios del polígono o unidad de actuación aportan el suelo de cesión obligatoria y la Administración ejecuta las obras de urbanización. La Administración ha de cumplir, por tanto, las normas de la Directiva 93/37 y las del TRLCAP si pretende contratar la ejecución con terceros.

b) Sistema de compensación.

Se reconoce a las juntas de compensación libertad para contratar las obras de urbanización, teniendo en cuenta que dichas juntas son organizaciones de base privada cuya naturaleza administrativa adquiere relieve en el ámbito de las funciones públicas que la ley les confía.

De acuerdo con una sentencia de 24 de mayo de 1994, que afirma el carácter administrativo del contrato entre la Junta de Compensación y el contratista, si aquélla decide contratar con terceros las obras de urbanización habrá de observar las reglas de publicidad y concurrencia que resultan de la Directiva 93/37 y del TRLCAP.

El problema surge si la Junta de Compensación decide ejecutar las obras de urbanización por sí misma si cuenta con medios para ello. Así será cuando se haya incorporado a ellas como miembros de pleno derecho empresas urbanizadoras con este fin, como autorizan el artículo 127.2 del Texto refundido de 1976 y los preceptos correspondientes del Reglamento de gestión, cuyo artículo 176.4 establece que si a la Junta de Compensación se hubiere incorporado alguna empresa urbanizadora que aporte, total o parcialmente, los fondos necesarios para urbanizar el suelo, la ejecución de la obra podrá realizarse directamente por dicha empresa si las bases así lo hubieran previsto.

Puede entenderse que no es aplicable la doctrina de la sentencia, ni la exigencia de publicidad y concurrencia porque la Junta de Compensación, que es un *alter ego* de la Administración, asume la ejecución de las obras por encomienda legal, como dice la el artículo 110.3.ª) de la Ley del suelo de Madrid de 17 de julio de 2001, está ejecutando las obras por sus propios miembros, igual que cuando la Administración municipal se hace cargo de la ejecución mediante los propios funcionarios y agentes. Las empresas urbanizadoras incorporadas a las juntas de compensación no son terceros con respecto de éstas, sino miembros de pleno derecho.

c) El propietario único del ámbito o unidad urbanística.

Resulta absurdo que, tratándose de un único propietario que defiende sus propios intereses, para la ejecución de las obras de urbanización tenga que contratar con un tercero sujetándose a las exigencias de publicidad y concurrencia.

3.4. El supuesto del agente urbanizador

La Ley valenciana reguladora de la actividad urbanística de 15 de noviembre de 1994 ha introducido la figura del agente urbanizador abriendo la actividad urbanizadora a terceros no propietarios del suelo, de manera que quiebra la tradicional disyuntiva entre ejecución pública o ejecución privada por propietarios. Pero, claro está no se sustrae a lo que es el cumplimiento de las condiciones básicas de la igualdad en el derecho de propiedad. Luego, aunque sea el agente urbanizador quien realice la urbanización de una unidad de ejecución en suelo urbano o urbanizable, la cesión del suelo dotacional sobre el que se realizan tales obras y el costeamiento de éstas siguen siendo deberes de la propiedad. El urbanizador ejecuta obras con un destino dotacional o público y quienes le retribuyen y costean son los propietarios.

La Administración, como titular del destino de las obras y de la función pública urbanística, adjudica la

actuación, aprueba los instrumentos de ordenación y, en su caso, de ejecución precisos para llevarla a cabo.

1.3. La Sentencia Scala 2001: ¿odiosa o indiferente para el Derecho urbanístico en España?

Juan Antonio Xiol Ríos
Magistrado del Tribunal Supremo.
Letrado del Tribunal Constitucional (e.)

Tras felicitar al ponente, por su precisa y documentada exposición, quisiera hacer algunas observaciones en relación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001, C-399/1998, Ordine degli Architetti y otras personas v. Comune di Milano (caso Scala 2001). Me referiré a las críticas que se le han hecho, a su posible interpretación y a sus efectos en nuestro Derecho. La exposición que hemos oído me excusa de referirme a los antecedentes del caso resuelto en ella.

1. Las críticas a la sentencia

La Sentencia Scala 2001 ha sido objeto de duras críticas por un sector de la doctrina española. Se ha llegado a decir que la sentencia incurre en "un burdo sofisma, impropio de tan alto y prestigioso tribunal". La afirmación criticada consiste en calificar como oneroso el contrato (en virtud del cual se adjudican las obras de urbanización) por razón de que, al aceptar su realización directa, la Administración renuncia al importe adeudado en concepto de contribución previsto en el artículo 3 de la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto.

Sin embargo, esto no es exactamente así. La sentencia (parágrafo 83) afirma que las objeciones sobre el carácter oneroso del contrato se refieren a la legislación italiana en materia de urbanismo y la manera en que ésta entiende la relación entre la contribución a las cargas de urbanización y la realización directa de las obras. De ello deduce que "es preciso remitirse a la apreciación efectuada a este respecto por el órgano jurisdiccional de remisión".

Acto seguido (parágrafo 84), efectúa una recepción de la afirmación del órgano proponente de la cuestión. Es esta afirmación la que merece la crítica apuntada.

A mi entender, la posición del Tribunal de Justicia es acorde con su posición de juez europeo frente a los jueces nacionales y al diálogo que debe existir entre ambos. La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales supremos debe construirse partiendo de la interpretación del ordenamiento hecha por los tribunales competentes en cada sector. En el caso de la jurisdicción europea, este principio se traduce en la necesidad de partir, en principio, de la interpretación de su respectiva legislación realizada por los jueces nacionales. El Tribunal de Justicia, en efecto, es el intérprete del Derecho comunitario, pero no podemos aspirar a que se convierta en juez universal.

Desde posiciones forenses existe la tendencia a trasladar el conocimiento íntegro del caso a la jurisdicción de nivel superior, olvidando los límites del sistema de recursos o de devolución del asunto y la naturaleza de la jurisdicción que corresponde al tribunal *a quo*. La cuestión prejudicial es un mecanismo adecuado para articular la colaboración entre la jurisdicción europea y la de los estados miembros, respetando el ámbito decisorio que a cada una de ellas corresponde. No conviene forzarlo.

Me parece acertada, en suma, la afirmación del ponente en el sentido de que la sentencia es producto del diálogo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia. Si la jurisdicción nacional dice que el contrato es oneroso, sólo razones claras de Derecho comunitario, que no han aparecido, podrían llevar al Tribunal Europeo a una conclusión contraria.

Sin embargo, el ponente critica que la sentencia no parte de una noción comunitaria de "contrato público de obras". Y trata de demostrar que el convenio del Teatro della Bicocca no tiene tal naturaleza a efectos del Derecho comunitario. Lo hace acudiendo a la categoría de convenio, en la medida en que, a su juicio, no hay contrato cuando el convenio precisa el contenido de una obligación nacida de la ley, y cuando la Administración no dispone de poder de elección del contratista.

En principio, el contrato existe siempre que las partes tienen algún poder de autodeterminación en sus obligaciones. Son contratos los convenios mediante los cua-

les la Administración y los particulares pactan acerca del cumplimiento de las obligaciones de éstos, aunque huyan del régimen general de los contratos. Con ellos el particular se obliga, al menos, a cumplir su obligación en una forma y con un alcance determinado. La Administración se compromete, al menos, a aceptar este cumplimiento como liberador de la obligación, creando a veces previamente las condiciones jurídicas para ello.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, la decisión sobre la calificación de determinados actos como contratos obliga a examinar si existen razones para promover la libre competencia en su celebración. Y ello es así, a juicio del Tribunal de Justicia, no sólo cuando la Administración es libre de elegir al contratista, sino también cuando, constreñida por ley a celebrar el convenio con el propietario de los terrenos, dispone de fórmulas alternativas que le permiten adjudicar las obras.

El argumento, por riguroso que sea, parece razonable. De otra forma, la exclusión de toda alternativa de elección del contratante por la Administración podría ser un modo de huir del concepto de contrato y eludir el cumplimiento de la directiva. Procedimiento de fuga similar, por cierto, a la calificación del contrato como convenio para huir del régimen de los contratos administrativos, que resulta más familiar en nuestro Derecho.

2. El centro de gravedad no recae sólo en la obra pública, sino en la existencia de un contrato

Con ello entro en la segunda de las observaciones que quería hacer. ¿Qué exige el Tribunal de Justicia para que exista un contrato de obras? ¿Basta, como se ha propuesto, que exista una "obra pública" en sentido jurídico, concepto enraizado históricamente con el de dominio público, o una "obra pública" en sentido económico, concepto enraizado con el de "mercado público"?

Para el ponente, el Tribunal tiene la preocupación de que la realización de la urbanización por el titular de la licencia sea un medio para eludir la directiva.

A mi juicio, puede que así sea, pero no se refleja en la sentencia. El parágrafo 75 no lo dice así, pues parte del supuesto de que existe un "cocontratante". Se refiere a la posibilidad de que la legislación excluya la posibilidad de la Administración de elegir al cocontratante para la realización de una obra pública. Aun así, dice el Tribunal, sigue existiendo contrato. Pero esto no es lo mismo que imponer al titular de la licencia directamente la realización de la obra de urbanización sin mediar acuerdo con la Administración. No se refiere a este supuesto el parágrafo 75, que tiene por objeto analizar cuándo existe un contrato y cuándo no (según se deduce del epígrafe en que está incluido).

En suma, para la sentencia no basta sólo la existencia de una obra pública, tiene que existir un margen de decisión en su adjudicación susceptible de ser concretado convencionalmente entre la Administración y el urbanizador. El Tribunal parte de la existencia de un margen de recíproca determinación de las obligaciones del propietario y de la Administración, de la existencia de un margen convencional que debe ser concretado mediante acuerdo, por existir alternativas para llevar a cabo la obra urbanizadora de modo distinto. Es así como se concreta el "poder adjudicador" que constituye el presupuesto de la aplicación de la directiva.

La sentencia está plagada de afirmaciones que demuestran esta exigencia. Citaré algunas.

1) En el fallo no se dice que sea incompatible con el Derecho comunitario la realización directa por el licenciatario de las obras de urbanización, sino de "una obra de urbanización" (el artículo indeterminado apunta a su necesidad de concreción) "con imputación del total de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia". Es decir, cuando la realización de esa obra viene a sustituir su posibilidad de realización por la Administración, legitimada inicialmente para percibir una contribución económica. El ponente no parece dar importancia a este extremo cuando entiende ("Introducción") que la sentencia se refiere al caso de legislación nacional que encomienda al licenciatario "los" (no "unos") trabajos públicos de urbanización "como contribución a las cargas del proceso urbanístico" (no "a cuenta de la contribución adeudada", es decir, para compensar una deuda preexistente susceptible de formas alternativas de realización).

2) El parágrafo 73 pone de relieve la existencia de alternativas de ejecución, pues dice que el Teatro della Bicocca debe ser realizado en parte mediante ejecución directa por los urbanizadores y en parte mediante adjudicación por el Ayuntamiento. Esto es, la obligación de los urbanizadores no tiene un contenido predeterminado por la ley, sino que su objeto es "una" obra de urbanización susceptible de alternativas de ejecución y, por ello, necesitada de concreción mediante acuerdo con la Administración.

3) El parágrafo 100 permite trasladar la aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva al encargado de la urbanización titular de la licencia. Sin embargo, vincula el supuesto a "los acuerdos" que celebra el Ayuntamiento con el titular de la licencia. La sentencia, una vez más, no se pronuncia sobre el supuesto de que no haya acuerdo, sino obligación legal de realizar las obras de urbanización. No prejuzga si este último supuesto está o no incluido en la directiva.

4) Es contratista tanto el urbanizador titular de la licencia que realiza la obra como el operador escogido por él (parágrafo 94). Pero lo son, el primero, dando por

supuestos "los compromisos adquiridos en el marco del convenio de urbanización celebrado con la Administración municipal"; y, el segundo, en cuanto "se adhiere a los acuerdos celebrados con la Administración municipal". Si no hay acuerdos, el supuesto no recae entre los contemplados por la sentencia.

3. Algunas consecuencias en nuestro Derecho: los convenios urbanísticos

Excedería los límites del tiempo concedido si analizara detenidamente todos los casos posibles. Pero sí quiero referirme brevemente a algunos de ellos.

Estoy de acuerdo en que el propietario particular sujeto a la obligación de urbanizar no está contemplado en la sentencia. Pero tampoco lo está, a mi juicio, el tercero elegido por él (discrepo en este punto de la ponencia). Falta, en efecto, la existencia de un margen convencional de acuerdo con la Administración.

Los supuestos, *grosso modo*, de ejecución por cooperación o compensación no plantean, a mi juicio, problemas. Están incluidos en la directiva (siempre que se alcancen los umbrales de valor), pues en ellos es la Administración, en el primer caso, o un organismo de Derecho público, en el segundo, el que actúa directamente.

Llamo la atención sobre el supuesto de empresas constructoras o urbanizadoras integradas en la Junta de Compensación. ¿Puede la Junta encargar directamente a éstas la realización de la obra, entendiendo que la realiza por sí misma? A pesar de las opiniones doctrinales en contra, resulta difícil admitirlo, habida cuenta de que existe una determinación cuasi convencional de las obligaciones de la Junta y de las que corresponden a la empresa integrada en ella.

Las consideraciones del ponente sobre el agente urbanizador me parecen también acertadas.

Todo esto, sin embargo, ya era más o menos objeto de discusión antes de la sentencia. Por eso se ha mantenido que la sentencia carece de efectos en nuestro Derecho.

Para mí, donde la Sentencia Scala 2001 está llamada a producir un efecto notable es en los convenios urbanísticos entre la Administración y los particulares, propietarios o promotores que incluyen la realización de obras de urbanización o de equipamiento a cambio de beneficios urbanísticos, impliquen o no la modificación del planeamiento. Estos supuestos, disfrazados hasta ahora por el enmascaramiento de la adjudicación en el convenio urbanístico, no puede negarse que caen de lleno en el ámbito objetivo contemplado en la Sentencia Scala 2001. Y su importancia no puede pasar inadvertida... ■

ESTUDIOS
QDL

1.4. El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001

José M.ª Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

1. La preocupación del Tribunal de Justicia por el mercado de obras de urbanización

La Sentencia Scala 2001 ha suscitado preocupación y no pocas críticas por las eventuales consecuencias que pudiera tener para la ejecución de las obras de urbanización cualquiera que sea el "sistema" o técnica de ejecución utilizado por la legislación urbanística.

Esta preocupación y las críticas subsiguientes son lógicas desde la perspectiva formal de nuestro Derecho interno, en el cual es tradicional que la gestión privada del urbanismo no se considere sujeto a la legislación pública de contratos. Cuando se actúa por el sistema de compensación en junta de compensación o propietario único, se entiende que la contratación de las obras es una cuestión privada que no afecta a los intereses públicos. Lo que exige la Ley urbanística (y esto es aplicable incluso a los ordenamientos en los que rige la figura del agente urbanizador) es que la obra se ejecute bien y tenga la debida calidad; resulta indiferente a la legislación quién ejecute la obra, puesto que se trata de un mercado privado. Lo que importa es la obra, no quien la realiza, y al ejercicio de esa finalidad de interés público está la recepción de la obra por la Administración, momento en que ésta puede exigir las correcciones y modificaciones oportunas si no se ajusta al proyecto de urbanización.

Este marco sólo cambia cuando es la Administración misma quien se encarga de la ejecución del plan. Entonces, se aplica la legislación de contratos pacíficamente. Se entiende que estamos ante un contrato de obra pública, pues la Administración es la encargada de contratar, aunque la obra la financien los particulares, como ocurre en el sistema de cooperación.

En la legislación española de contratos prima el elemento subjetivo u orgánico. No toda obra pública se somete a la legislación de contratos. Solamente lo harán las obras públicas que se contratan por la Administración. Si la obra pública se contrata por el particular, aunque sea una consecuencia u obligación derivada de un contrato administrativo, el contrato de obras se someterá al Derecho privado. Así ocurre en nuestro Derecho administrativo y así acontece también en muchas obras públicas ejecutadas por concesionarios de servicios públicos. El contratista de la Administración que contrata con particulares no se somete a la legislación de contratos, aunque el objeto del contrato sea una obra de reposición del dominio público. En consecuencia, en la legislación española lo que domina es el elemento subjetivo u orgánico del contrato. Cualquier tipo de obras realizadas por la Administración se debe instrumentar mediante el contrato de obra pública, salvo, naturalmente, que la Administración actúe mediante una entidad sujeta al Derecho privado, supuesto que demuestra el carácter formal de la legislación de contratos.

En el Derecho comunitario, sin embargo, el elemento subjetivo de los contratos está muy atenuado. Basta referirse para ello a la concepción funcional de poder adjudicador. Las directivas huyen de referencias formales: cualquiera que sea la forma jurídica de la entidad mediante la que aquélla actúe en poder público, si efectivamente depende de él y no ejerce actividades mercantiles o industriales, se considera un poder adjudicador. La jurisprudencia, bien conocida entre nosotros, del Tribunal de Justicia (Sentencia BFI Holding de 10 de noviembre de 1998, Mannesman Anlagebau de 15 de enero de 1998 o las más recientes de 15 de mayo de 2003 o de 16 de octubre del mismo año, ambas condenando a España, la primera por incumplimiento de la Directiva de recursos, y la segunda por incumplimiento de la Directiva de obras), demuestra que ese concepto funcional se ha interpretado abiertamente por el Tribunal de Justicia, hasta el punto de señalar que entran en el ámbito de las directivas las entidades públicas aunque ejerzan actividades mercantiles, siempre que se trate de

actividades de interés general (Sentencia BFI Holding ya citada, relativa a la recogida de basuras, o la Sentencia Coillte Teorante de 17 de diciembre de 1998, sobre ordenación y explotación de bosques públicos).

Pues bien, la Sentencia Scala 2001 constituye un paso más, desde luego atrevido, en esa línea de flexibilidad del elemento subjetivo, ya que esa sentencia considera que existe contrato sujeto a la Directiva de obras cuando el particular contratante encarga aquélla por una obra que supera el umbral fijado como consecuencia de ser titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, con imputación de todo o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia.

El ámbito subjetivo se extiende más allá de lo previsto en la letra de la directiva (obras encargadas por un poder adjudicador) para abarcar ahora a las obras encargadas por un privado cuando éste actúa para cumplir una obligación pública que de otro modo tendría que atender la propia Administración. Desde una perspectiva jurídico-formal la sentencia parece pugnar con la directiva. No existe en la decisión judicial un argumento de peso que combata las razones expuestas por el abogado general Léger en sus conclusiones. A mi juicio, el argumento de más calado manejado por el abogado general es el siguiente: si la directiva pretende evitar discriminaciones y abrir los mercados públicos, existe un riesgo real de discriminación siempre que "el poder adjudicador es libre de designar a un empresario para encargarle la realización remunerada de trabajos en obras públicas". Pero si, como ocurre en la legislación italiana, la obligación deriva de la condición de propietario, no existe ninguna posibilidad de influencia de la Administración en la elección del contratista, de modo que es el propietario quien libremente elige al contratista y, por la cuenta que le lleva, procurará encontrar en el mercado a la empresa que realice la obra en la mejor condición de calidad y precio. "Es claro –añade el abogado general– que toda influencia por parte de la autoridad pública en este ámbito constituirá un fraude a la ley –si no a la ley nacional– sí al menos a la norma comunitaria y debería ser 'recalificada' de contrato entre el poder adjudicador y el empresario."

Pues bien, creo que al Tribunal de Justicia le ha movido justamente la misma preocupación por el fraude de ley que inteligentemente no descarta el abogado general, y ha querido evitarlo ampliando conscientemente el concepto de contrato público. Hay un párrafo en la sentencia que, aunque no sea nada original, resulta muy significativo: "Las situaciones en las que se plantea la ejecución o el proyecto y la ejecución de obras o la realización de una obra para una entidad adjudicadora, en el sentido de la directiva, la apreciación de dicha situación [...] debe realizarse de manera que se *garantice que la eficacia de la directiva no quede menoscabada, sobre todo cuando dichas situaciones presentan particularidades debidas a la disposición del Derecho nacional que les sea aplicable."* Dicho de otra manera, el Tribunal considera que el mercado de obras derivado del urbanismo es lo suficientemente importante para justificar una ampliación del concepto de contrato público sujeto a las directivas. El temor del Tribunal es que las administraciones públicas, a través del empleo de diversas fórmulas, pueden restringir la competencia mediante el expediente de colocar a un propietario o a un tercero interpuesto.

También es posible que haya pesado en el ánimo del Tribunal la circunstancia de que en muchas grandes actuaciones urbanísticas la propiedad está en manos de grupos empresariales a la vez promotores y constructores, lo que puede permitir en muchos casos un trato privilegiado del promotor-constructor que ha convenido previamente con la Administración el desarrollo de una actuación urbanística.

Sea como fuere, la realidad es que el Tribunal ha ampliado enormemente el concepto de contrato público para considerar que debe primar el objeto del contrato, el hecho de que las obras de urbanización son obras públicas y constituyen un mercado público, sobre la interpretación formal de la directiva.

Por esa razón el Tribunal considera cumplidas las exigencias de la directiva si la Administración obliga al particular a contratar las obras respetando previamente los procedimientos previstos en la directiva: "La eficacia de éste último se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebre con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la Administración municipal en virtud de dicha directiva."

Como se ve, hay aquí una auténtica creación de Derecho por parte del Tribunal de Justicia, aunque la sentencia invoque por analogía el artículo 3, apartado 4, de la Directiva de obras, relativa al contrato de concesión de obra pública, pues en el caso italiano en modo alguno puede hablarse de una situación asimilada a la concesión. Es al propietario a quién le incumbe pagar la contribución urbanística, y no a una tercera persona seleccionada por la Administración.

2. Efectos en el Derecho comunitario y en el Derecho interno

¿Cuáles son las consecuencias de esta doctrina del Tribunal de Justicia en el Derecho comunitario y en el Derecho español?

La sentencia confirma en el Derecho comunitario la autonomía del concepto de contrato público respecto

de los derechos internos. En realidad, creo que siguiendo la terminología francesa, pero con un acento más económico que jurídico, hay que hablar antes de mercados públicos que de contratos públicos. Porque lo cierto es que en la materia de urbanismo pocos discuten que las obras de urbanización son obras públicas las contrate la Administración o un particular; su destino es público, y la causa de su realización es justamente la realización de los fines públicos previstos en los planes.

Ese concepto de "mercado público" supone la sujeción a la directiva no sólo de los contratos realizados por la Administración, sino también de aquellos otros contratados por particulares o cuando actúan en sustitución de la Administración o, cuando son obligados por la ley a hacerlo en sustitución de la Administración. Al tratarse de un "mercado público", la contratación de las obras debe sujetarse a las condiciones de publicidad y libre competencia previstas en las directivas europeas de obras, aunque el contratante sea un particular, tenga o no la condición de propietario. Mientras que no cambie la jurisprudencia Scala, esa es la consecuencia que se deriva de la misma.

La doctrina del Tribunal de Justicia, no obstante su endeblez técnica, puede considerarse certera si se analiza desde la perspectiva de los fines del Derecho comunitario, y obliga, según creo, a una reflexión profunda de la Comisión y de los estados miembros que clarifique el ámbito de aplicación de la directiva.

Desde luego, debe decirse que la Sentencia Scala 2001 comparte el mismo ideario que dio origen a las directivas de contratación. A fin de cuentas, se trata de introducir más competencia en los mercados europeos, y para tal finalidad nunca ha constituido un obstáculo el carácter público o privado de quien encarga el contrato.

Recuérdese que en la directiva, de los antiguos sectores excluidos el concepto de poder adjudicador trasciende ampliamente el campo del sector público, obligando a las empresas concesionarias o titulares de derechos exclusivos del agua, el gas o la electricidad, aunque sean privados. Al someter estos contratos privados a las directivas, el Derecho comunitario pretende introducir más competencia en mercados que considera muy poco transparentes, de suerte que el carácter estrictamente privado de algunas empresas concesionarias no ha impedido que los contratos de obras, servicios y suministros realizados por ellas se consideren contratos públicos.

La Directiva de obras, como es sabido, no previó la posibilidad de incluir contratos de obra pública realizados por particulares en virtud de una obligación legal. La Sentencia Scala 2001 considera que, en el caso de la legislación italiana analizada, debe aplicarse la directiva para evitar defraudar fácilmente el Derecho comunitario, pero no explica suficientemente las razones que justifican la aplicación de la directiva a un contrato entre dos empresarios privados, lo cual genera una gran inseguridad jurídica. Desde luego, en el Derecho español la aplicación estricta de la doctrina Scala 2001 sí implica, a mi juicio, que en el ámbito de la Directiva de obras caen de lleno todas los contratos de obras de urbanización, cualquiera que sea la técnica urbanística utilizada, incluida la ejecución del planeamiento por un propietario único.

En mi opinión, esta conclusión que se me antoja desproporcionada, es la que deriva de la sentencia, por las siguientes razones:

a) Las obras de urbanización son en la legislación española obras realizadas para servir una finalidad pública, aunque la titularidad de los terrenos sea de un único propietario. Dentro de las obras de urbanización una de las finalidades básicas es obtener los viales y dotaciones públicos necesarios.

b) La realización de una obra de urbanización constituye siempre una decisión pública que se plasma en el proyecto de urbanización de aprobación municipal.

c) La ejecución de obras de urbanización por el particular constituye siempre una alternativa a su realización por la Administración pública. En todas las legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas, sin excepción, o bien la adjudicación de las obras de urbanización está publificada o la ejecución pública es una alternativa a su contratación por empresarios privados. En legislaciones como la valenciana, las obras de urbanización se confían siempre o a la Administración misma o a un agente urbanizador designado en concurso público. En el resto de legislaciones que mantienen con matices el esqueleto de los sistemas de gestión del TRLS de 1976, la preferencia de los sistemas privados sobre los públicos, cuando existe, no obsta la responsabilidad última de la Administración para decidir la forma de ejecución y, en su caso, la sustitución de los propietarios por la Administración cuando exista incumplimiento.

d) En los mismos términos de la Ley 6/1998, aplicable a todas las comunidades autónomas, los propietarios financian las obras urbanización, siendo la responsabilidad de las comunidades autónomas la decisión sobre las técnicas públicas o privadas de gestión.

Ahora bien, una cosa son las conclusiones que se deducen de la Sentencia Scala 2001 y otra notoriamente distinta que tales conclusiones se desprendan directamente de la directiva o sean lógicas. A este propósito, lo decisivo es la finalidad de la directiva (abrir los mercados públicos de obra a la competencia) y no los análisis formales. A mi juicio, no es decisivo para dicho examen la distinción, siempre evanescente, entre convenio y contrato (ambos revisten carácter contractual), sino si existe o no un mercado público en el que se respetan las leyes de la libre competencia. Y para ello, sería imprescindible que la directiva se pronunciara sobre las siguientes cuestiones.

a) Si el contrato público de obra se extiende también en el mercado urbanístico a quienes actúan como concesionarios o mandatarios de poder público, lo cual no está previsto en la directiva, que sólo se refiere a la concesión de obra pública, pero parece lógico, cuando la obra pública constituye la prestación principal del encargo o mandato.

b) Si es lógico (es decir, necesario para la competencia) introducir reglas de selección del contratista y publicidad, cuando quien ejecuta las obras de urbanización es designado en abstracto por la ley (caso del propietario), o si por el contrario, como sostiene el abogado general Léger, en estos supuestos la libre competencia viene asegurada por la lógica misma del mercado.

c) Conveniencia de establecer una cláusula de cierre para someter a la directiva los supuestos en los que quepa deducir directa o indirectamente que la Administración es quien designa al particular que ejecuta las obras. Naturalmente esta cláusula no tiene sentido si se responde afirmativamente a la primera cuestión planteada.

No resulta, sin embargo, nada lógica la situación actual de inseguridad, que está dando lugar a interpretaciones de los tribunales españoles, no siempre muy conformes con la finalidad de la Directiva de obras. Así ha ocurrido en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (por ejemplo, sentencias 515 de 14 de abril de 2003, y 538 de 10 de octubre de 2002), el cual en directa aplicación de la Sentencia Scala 2001 considera que la relación entre el agente urbanizador y la Administración es un contrato de obras sujeto no sólo a la directiva en los supuestos que exceden el umbral comunitario, sino también a los preceptos del TRLCAP que disciplinan el contrato de obras.

Lo que en la Sentencia Scala 2001 es aplicación de las normas de publicidad y concurrencia de la directiva, en las sentencias del Tribunal de Justicia es un contrato de obras de la Ley de contratos, es decir, al agente urbanizador, cualquiera que sea la cuantía del contrato, se le aplican los requisitos del contrato de obras. Esta aplicación *per saltum* de la Directiva de obras plantea cuestiones prácticamente irresolubles, precisamente por la defectuosa técnica de transposición de la directiva en la Ley de contratos (el concepto de contrato público comunitario no tiene nada que ver con el concepto de contrato administrativo) y la poca meditada aplicación de la Directiva de obras al urbanismo.

Destacaré tres ejemplos de esta situación de desorden:

1.º) A tenor de la LRAU valenciana, el reglamento puede imponer al agente urbanizador caución por el importe superior al siete por ciento que establece la ley como garantía del cumplimiento de sus obligaciones. Según el TSJCV (Sentencia 1322 de 1 de octubre de 2002), como se trata de un contrato de obras, el límite no puede exceder del cuatro por ciento. Con ello se consigue la práctica desprotección del propietario frente al agente urbanizador y un enorme desequilibrio, si se tiene en cuenta que el agente tiene asegurado el cobro del cien por cien de las cuotas por la afección real de los terrenos al cumplimiento de las cargas de urbanización, mientras que el agente sólo asegura el cuatro por ciento del coste las obras de urbanización.

2.º) Si se trata de un contrato de obras, ¿cómo exigir la clasificación del contratista al agente urbanizador que no sean empresario-constructor o a agrupaciones de interés urbanístico, formados por propietarios?

3.º) El agente urbanizador puede no ser el encargado de la ejecución de la obra (lo normal es que contrate con una empresa constructora). ¿Cómo aplicar entonces las normas del contrato de obras a la relación entre la Administración y el agente urbanizador?

Se observa en esta jurisprudencia que ha habido una aplicación desmesurada de la doctrina Scala 2001 trasladando las exigencias del Derecho comunitario en bloque al Derecho español. Pero hay que decir en descargo de nuestros tribunales que sus colegas de Luxemburgo no se lo han puesto muy fácil.

A mi juicio, de la Sentencia Scala 2001 únicamente cabe deducir la obligación de la Administración de exigir al agente urbanizador que cuando contrata obras de urbanización con terceros las somete, si exceden del umbral comunitario, a la publicidad debida en el DOCE con los demás requisitos que ello implica. Y que si es el agente urbanizador quien realiza directamente las obras, la Administración tiene que respetar la norma comunitaria al contratar con él.

Lo que de ningún modo se deduce, ni de la Sentencia Scala 2001 ni del TRLCAP, es que la relación entre agente urbanizador y Administración estatal debe regirse por el contrato de obras públicas de la legislación estatal. No me cabe duda, y comparto el criterio expuesto por R. Gómez-Ferrer ("El agente urbanizador en la Ley reguladora de la actividad urbanística", en los comentarios a dicha ley editada por la Generalidad Valenciana, Valencia, 1995, págs. 208-211) para el agente urbanizador, que son relaciones propias de una concesión especial, *rectius* constituyen un contrato administrativo especial, al que son aplicables desde luego las reglas de publicidad y concurrencia (y entre ellas la exigencia de un baremo previo, que no contempla la legislación valenciana), pero no todas las reglas específicas del contrato de obras.

Por la misma razón, desde el punto de vista del Derecho interno, la relación entre junta de compensación y contratista privado es estrictamente de Derecho privado, al no estar comprendida en el ámbito subjetivo de la Ley de contratos, sin perjuicio, conviene reiterarlo, de que sí deben cumplirse *ad cautelam* las normas de publicidad y libre concurrencia exigibles por el Derecho europeo mientras no se clarifique la interpretación de la Directiva de obras. ■

ESTUDIOS

QDL

La reforma de las haciendas locales

Jesús Chamorro González
Magistrado especialista
de lo contencioso-administrativo

1. Introducción.
2. Impuesto de actividades económicas.
2.1. Cuestiones generales y sujetos pasivos. 2.2. Cuota. 2.3. Bonificaciones. 2.4. Gestión. 2.5. Otras cuestiones.
3. El impuesto de bienes inmuebles.
3.1. Cuestiones generales. 3.2. Hecho imponible. 3.3. Sujetos pasivos. 3.4. Base imponible y cuota. 3.5. Bonificaciones. 3.6. Gestión.

1. Introducción

La esperada y deseada reforma de las haciendas locales, en razón de los problemas que plantea la financiación de los entes locales, ha visto por fin la luz y podemos considerarla ya derecho positivo en la materia.

Como no podía ser de otro modo tratándose de un texto legal de tanta trascendencia práctica, para unos es la mejor de las posibles mientras que otros la califican de despropósito, en tanto en cuanto no soluciona el principal problema de la falta de medios financieros para unas administraciones tan cercanas a la prestación de servicios a los ciudadanos.

Lo cierto es que la norma aprobada a través de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, produce una importante modificación de muchas de las figuras tributarias en las que se fundamenten los ingresos públicos de los entes locales. También modifica el régimen de participación de los municipios en los ingresos del Estado, así como, de forma más puntual, algunas normas generales. En todo caso, lo principal de las novedades descansa en las figuras impositivas y más en concreto en el impuesto de actividades económicas y el impuesto de bienes inmuebles.

Desde un punto de vista estrictamente de política legislativa, la ley trae causa del pacto que al efecto se logro entre el Gobierno de la nación y la Federación Española de Municipios y Provincias, en concreto del acuerdo firmado el 21 de noviembre de 2002 en donde se establecieron los principios de una reforma que se estaba gestando, y que pivotaba sobre seis puntos, a saber, la compensación por la supresión del IAE, la adecuada determinación de los municipios afectados por el nuevo sistema de cesión de recaudación de impuestos estatales, el régimen de los denominados municipios turísticos, la denominada tasa del 1,5 por ciento, la colaboración entre la hacienda estatal y las locales y la creación de una comisión técnica de seguimiento.

Entre otros aspectos la reforma busca la corresponsabilidad de las entidades locales en el proceso de exacción tributaria, lo que intenta lograr a través de la aplicación del juego de su autonomía financiera, de forma tal que cada entidad local tenga la posibilidad de tomar sus propias decisiones en la materia. Ello se articula, fundamentalmente, a través de la apertura de la capacidad normativa de los entes locales. En efecto, la determinación de muy diferentes aspectos de los elementos de cada figura impositiva se regulan dejando un amplio margen de concreción a las entidades locales, las cuales podrán dictar sus ordenanzas fiscales municipales dentro de la horquilla de posibilidades que la ley les ofrece. Esto conllevará su responsabilidad ante los administrados, fundamentalmente a través de los procesos electorales.

Una de las principales consecuencias de cuanto antecede es la importancia que adquieren las ordenanzas fiscales municipales desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo que sin duda aumentará la potencial importancia y trascendencia de los procesos judiciales de revisión directa e indirecta de estas normas jurídicas de rango reglamentario emanadas de los entes locales.

En este sentido, será especialmente importante el juego que pueda dar el cauce de la cuestión de legalidad, de especial importancia en los procesos contencioso-administrativos en materia de haciendas locales. El conocimiento de los litigios en materia de gestión, inspección y recaudación de tributos y demás ingresos de derecho público regulados en la legislación de haciendas locales corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo de ámbito provincial, según prevé el artículo 8.1.a) de la Ley jurisdiccional; en tanto que el recurso directo frente a las ordenanzas fiscales municipales, a las salas territoriales de lo contencioso-administrativo, *ex* artículo 10.1.b) de la LJCA, lo que necesariamente provocará que en el recurso indirecto que se pueda plantear ante los juzgados se deba de poner en marcha el mecanismo de la cuestión de legalidad.

No obstante, sí que es necesario destacar que los ritmos de resolución tan distintos que siguen los órganos unipersonales y colegiados de esta jurisdicción pueden dar lugar a mayores disfunciones, por cuanto la resolución de los recursos directos contra las ordenanzas fiscales, aun gozando de la prioridad que les da en su señalamiento para votación y fallo el artículo 66 de la Ley jurisdiccional, nunca será el de los juzgados en los recursos frente actos de gestión, de forma tal que en ocasiones el recurso directo podía evitar en su resolución muchos futuros litigios que, además, se deciden con anterioridad.

2. Impuesto de actividades económicas

2.1. Cuestiones generales y sujetos pasivos

La Ley 51/2002 contiene una profunda reforma del IAE en relación con su ámbito subjetivo de aplicación, así como con los elementos que conforman la base imponible del impuesto, sobre todo en relación con las posibilidades normativas de las entidades locales para regular el sistema de bonificaciones y exenciones a través de sus ordenanzas fiscales. No vamos en este trabajo a realizar una crítica a los principios de política fiscal y legislativa que inspiran la reforma. Lo cierto es que la reforma trae causa en una promesa electoral del partido político que sustenta al Gobierno que propuso la reforma en orden a la supresión del IAE, y si bien no se produjo ciertamente su desaparición, sí que un gran número de los que antes eran sus sujetos pasivos han dejado de serlo.

La limitación del ya referido ámbito subjetivo de la reforma se centra en dos aspectos fundamentales. Por un lado, se reforma el artículo 83 en su apartado prime-

ro para señalar que quedan exentos del IAE los sujetos pasivos que sean personas físicas y aquellos que no siéndolo, es decir, las personas jurídicas y entes del artículo 33 de la LGT, tengan una cifra de negocios inferior en su importe neto a un millón de euros.

Este precepto merece que nos detengamos en algunos de los novedosos aspectos que contiene. La doctrina, e incluso alguna jurisprudencia, había criticado en relación con el IAE las dificultades de su conciliación con el principio constitucional de capacidad económica que debe abanderar la regulación de todos los impuestos, y ello porque este tributo en forma de impuesto grava el ejercicio de las actividades que conforman su hecho imponible –actividades profesionales, artísticas y empresariales– con independencia de que las mismas generen o no beneficio, es decir, grava el mero ejercicio de una actividad, siendo así que ello es por si mismo un signo de la capacidad económica y riqueza que da lugar al tributo, incluso aunque el mismo genere pérdidas y no beneficios.

La nueva regulación trata de dar solución a este problema, aunque quizá se pudo ser más certero en el alcance del objetivo. De entrada, la exención de las personas físicas no puede ser nunca tributo de aquellas tradicionales críticas al IAE por cuanto la exención con carácter general del pago del impuesto sin discriminación para todas las personas físicas, responde a otro tipo de objetivos y no a la cierta existencia de actividades desarrolladas por este tipo de empresarios o profesionales que generan sustanciosos beneficios que sin duda son muestra evidente y clara de su capacidad económica.

Por otro lado, el limitar la sujeción del impuesto a aquellos empresarios corporativos que superen una determinada cifra en su volumen de negocios tampoco asegura que no existan supuestos en los que se esté gravando una actividad con beneficios muy limitados o incluso sin ellos. Es cierto que el artículo 86 establece en su apartado cuarto que las tarifas del impuesto fijarán unas cuotas que nunca podrán exceder del 15% del beneficio medio presunto de la actividad gravada, lo que en todo caso sigue sin asegurar la eventualidad de una actividad que con el antedicho volumen de facturación genere pérdidas.

En todo caso, habrá de tenerse en cuenta que el IAE no puede gravar los beneficios de esas actividades que son precisamente el hecho imponible de otros tributos.

El ya mencionado artículo 83 contempla un supuesto más de exención subjetiva, y es el de los dos primeros años en el caso de sujetos pasivos que inicien el desarrollo de su actividad. Hemos de recordar la bonificación del 50% en la cuota que recogían las tarifas para los cinco primeros años de ejercicio de una actividad profesional, si bien a la exención bianual que recoge la Ley 51/2002 lo será sólo para actividades empresariales al quedar las profesionales exentas.

En relación con la determinación del importe neto de la cifra de negocios, el artículo 83 recoge una serie de reglas –1.ª a 4.ª– en su apartado 1.c). Con carácter general y como no podía ser de otra manera, se remite a las previsiones contenidas en el artículo 191 del Real decreto ley 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, considerando la cifra de negocios correspondiente a los dos años anteriores a período impositivo de referencia. En este sentido y tratándose de sujetos pasivos que tributen por el impuesto de sociedades, la cifra será la que corresponda con el período impositivo cuya liquidación se hubiere presentado en el año anterior al devengo del IAE. Si se trata de entes de los recogidos en el artículo 33 de la LGT, el importe de la cifra de negocios será el que corresponde con el penúltimo año anterior al devengo del IAE. Para calcular la magnitud antedicha habrán de tenerse en cuenta el importe acumulado de todas las actividades desarrolladas por el sujeto pasivo o grupo de sociedades –artículo 42 del Código de comercio–, o establecimientos en España que tenga el sujeto pasivo.

2.2. Cuota

Pasando a continuación a las novedades referidas a la cuota del impuesto, sin duda alguna la nueva regulación simplifica la cuestión por cuanto desaparece el índice de situación. La cuota se calcula ahora teniendo en cuenta los coeficientes de ponderación y situación y por la aplicación de las bonificaciones reguladas en la ley, que a su vez remite en gran parte de su concreción a las ordenanzas fiscales municipales.

Comenzando por el coeficiente de ponderación, el nuevo artículo 87 de la Ley de haciendas locales establece que sobre las cuotas fijadas en las tarifas del impuesto se aplicara un coeficiente según la cifra de negocios del sujeto pasivo, siempre considerada en su importe neto y teniendo en cuenta el conjunto de las actividades desarrolladas por el mismo. El precepto remite en su determinación a la previsión del artículo 83.1.c) antes comentado, por lo que habrá de considerarse la cifra de negocios correspondiente al ejercicio anterior en tres años.

El propio precepto establece un cuadro de correspondencias entre los coeficientes a aplicar y el importe neto de la cifra de negocios que le corresponde. No se entiende muy bien la previsión de un coeficiente para casos de inexistencia de cifra de negocios, ya que como ya vimos más atrás, estos supuestos están exentos, aunque la explicación quizá esté en los sujetos pasivos que lo son por estar sujetos al impuesto sobre la renta de los no residentes, cuando carezcan de establecimiento permanente en España, ya que en estos casos será dificultoso establecer su cifra de negocios. Si consideramos

que las correspondencias entre cifra de negocios y coeficientes suponen grandes saltos del importe neto de aquéllos y muy estrechas en éstos, concluiremos que no posibilitará correcciones atinadas a las muy distintas situaciones que se pueden dar.

En relación con el coeficiente de situación, el mismo se recoge en el artículo 88 de la ley y sustituye a los anteriores coeficientes correctores por razón de la población de derecho del municipio y de situación, también considerando unos márgenes máximos y mínimos en relación con la población de derecho que se recogían en los ya derogados artículos 88 y 89 de la ley. El nuevo índice de situación se aplicará cuando la actividad se desarrolle contando con una ubicación física en un local, lo que ha de presumirse con carácter general habida cuenta del nuevo ámbito subjetivo del impuesto. La aplicación de este coeficiente de situación la refiere el precepto a todas las cuotas, incluidas las provinciales y nacionales, y así se desprende de lo previsto en el artículo 88, que se remite al 87, que incluye todas las cuotas. Esto provoca importantes problemas ya que no sabemos qué local se tendrá en cuenta de los muchos en los que se puede desarrollar la actividad en todo el territorio provincial o nacional.

Los nuevos índices correctores por razón de la situación dejan un amplio margen de decisión a los municipios para que a través de sus ordenanzas opten por una u otras posibilidades que van desde 0,5 a 2. Se limita por el apartado tercero del artículo 88 el número máximo y mínimo de categoría de calles, estableciéndose entre 2 y 9. Si no es posible la distinción de más de una categoría de calles no será viable la aplicación de este coeficiente de situación. También se señala que la diferencia entre una categoría de calle y otra inferior o superior no podrá ser menor de 0,10.

Se puede atisbar un problema en el momento de establecer el callejero con las categorías de las calles y éste no es otro que al limitarse el ámbito subjetivo de los sujetos pasivos, que se centrarán en grandes empresas, su ubicación no será la hasta ahora más preciada en los callejeros de las calles céntricas de las ciudades donde, además, su categorización se realizaba en directa relación con el nivel de servicios municipales que se prestaban con la vigilancia policial más constante que en el extrarradio, la recogida diaria de basuras, el cuidado estético de las vías o la intensidad del alumbrado. Se correrá el riesgo de que con la puesta en peligro del principio de capacidad económica se califique de forma más alta a las vías extrarradiales donde se ubiquen aquellos sujetos pasivos más potentes.

2.3. Bonificaciones

La nueva regulación contenida en la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, modifica de forma sustancial el contenido del artículo 89 estableciendo dos tipos de bonificaciones en la cuota del impuesto, a saber, las contenidas en el apartado 1, que serán de carácter preceptivo y, por tanto, operativas en todo caso, y las del apartado segundo, de carácter contingente o facultativo y que cada sujeto activo podrá actuar a través de sus ordenanzas fiscales municipales.

En relación con las primeras el apartado a) no hace otra cosa más que incorporar a la Ley de haciendas locales la bonificación que se preveía en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas.

En el apartado b) se recoge una bonificación del 50% sobre la cuota para quienes inicien el ejercicio de cualquier actividad profesional durante los cinco años de actividad siguientes a la conclusión del segundo período impositivo de desarrollo de los mismos. Se establece en este precepto que la bonificación caducará transcurridos los cinco años desde los tres primeros de actividad ya que los dos primeros están exentos, conforme establece el artículo 83.1.b).

Llama especialmente la atención la previsión de una bonificación con carácter preceptivo dirigida a un colectivo, el de la actividad profesional que nunca va a estar sometida al impuesto, toda vez que si la misma se desempeña por personas físicas, éstas estarán exentas conforme a la ya encaminada previsión del artículo 83.1.b), y si la actividad profesional se realiza por una persona física la misma será considerada como actividad empresarial de conformidad con lo establecido en la regla 3.ª, apartado tercero, de la instrucción de las tarifas. Quizá su operatividad se limite a las personas físicas que están sujetas al impuesto de la renta de los no residentes cuando no tengan establecimiento permanente en España o su cifra de negocios supere el límite del millón de euros.

Esta bonificación ya estaba prevista como tal en la regulación anterior, donde la actividad profesional de personas físicas estaba sujeta al impuesto en la sección segunda de la tarifa.

Centrándonos a continuación en las bonificaciones cuya aplicabilidad se supedita a la voluntad de las respectivas entidades locales sujetos activos del impuesto, se recogen en el apartado 2 del artículo 89 un total de cuatro.

En primer lugar, nos referiremos a la bonificación del 50% de la cuota para quienes inicien una actividad empresarial. Se trata de una previsión similar a la que acabamos de comentar. También estaba prevista en la tarifa, esta vez lógicamente en la sección primera. Ahora sólo se aplicará a la cuota municipal y a partir de los cinco años siguientes a la conclusión del segundo período impositivo de desarrollo de la norma, lo que unido a la previsión *in fine* de este precepto que, en orden a la caducidad transcurridos cinco años desde la finalización de la exención del artículo 83.1.b) al igual que en el

caso de la actividad profesional, hará que no surta efectos hasta el tercer ejercicio impositivo. La norma prevé una previsión tendente a evitar el fraude cuando existiere una fusión o absorción de sociedades o cualquier otra circunstancia que haya hecho que la actividad se hubiere desarrollado anteriormente bajo otra titularidad.

En el apartado b) de este artículo 89.2, se recoge una bonificación dirigida a incentivar la creación de empleo al poder reducirse la cuota municipal en un 50% a aquellos sujetos pasivos que acrediten haber incrementado el promedio de su plantilla con contrato de carácter indefinido en el período impositivo anterior a la aplicación de la bonificación en relación con el período anterior a éste, es decir, dos años antes.

Los límites hacen que sólo sean bonificables los contratos indefinidos y en los casos de sujetos pasivos que tributen por cuota municipal. Desde el punto de vista temporal, la bonificación se disfruta exclusivamente en la liquidación correspondiente al ejercicio en el que se acredita la creación de empleo correspondiente al año anterior, pero nada impide que en posteriores períodos impositivos pueda disfrutarse si se acreditan nuevas creaciones de empleo.

Es interesante la posibilidad de que, con el tope máximo del 50% de la cuota, las entidades locales puedan, a través de sus ordenanzas fiscales, establecer escalas medias de bonificación en razón de cuál sea el incremento medio de su plantilla. La bonificación es acumulativa a las previstas en el apartado 1 y del a) del apartado 2.

El apartado d) del artículo 99, en la redacción que le da la nueva regulación que estudiamos, establece una bonificación directamente relacionada con la adopción de determinadas medidas para proteger el medio ambiente por parte de las personas que desarrollen una actividad industrial. Se trata de una bonificación que también puede ser variable, pudiendo llegar como máximo al 50% de la cuota. Desde un punto de vista subjetivo, se limita a aquellos sujetos pasivos que tributen por la cuota municipal.

Los argumentos recogidos en la norma son la utilización o el aprovechamiento de energías renovables o sistemas de cogeneración, el desarrollo de actividades industriales, ya sea desde el inicio o por posterior traslado, en ubicaciones alejadas de zonas especialmente pobladas, y el establecimiento de sistemas de transporte colectivo de la empresa que tengan por objeto la reducción en el consumo de energía y las emisiones contaminantes.

La remisión a la regulación de las ordenanzas fiscales municipales es en esta ocasión amplia, en aras a la consecución de los efectos diseñados en la ley.

Ya por último, el apartado d) regula una bonificación también variable, con el tope máximo del 50% de la cuota, y limitada a los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal. En este caso se trata de una cierta corrección en la cuota dejada a la libre y discrecional decisión de la entidad local correspondiente, fundamentada en el principio de capacidad económica. En efecto, se trata de bonificar, en su caso, la tributación de aquellos sujetos pasivos cuya actividad no genera un rendimiento económico positivo o, en todo caso, escaso. Serán las ordenanzas fiscales municipales las que fijen aquel umbral en el que se entiende que los rendimientos no son suficientes, o en su decisión, inexistentes, para merecer aquella bonificación.

La bonificación, como ya adelantábamos, es variable y, por tanto, puede establecer una escala en relación con determinados topes de beneficio económico neto, incluso valorando o considerando otros elementos.

Sin duda, un adecuado y razonable desarrollo reglamentario de estas posibilidades abiertas puede dar lugar a interesantes resultados en el ámbito de la justicia tributaria material, sobre todo si tenemos en cuenta, como ya adelantábamos más atrás, que una de las mayores críticas que ha tenido el impuesto, antes y después de la reforma, es el de su adecuación al principio constitucional de capacidad económica, en la medida que se grava el mero ejercicio de la actividad sujeta, con independencia de que ésta genere o no beneficio y de cuáles sean, en su caso, éstos.

El apartado tercero de este artículo pone fin a la regulación de las bonificaciones remitiendo de nuevo a la potestad reglamentaria municipal para determinar las cuestiones de gestión formal de estas bonificaciones, u otras cuestiones materiales recogidas a lo largo de todo precepto, entre ellas la aplicación simultánea de todas o algunas de ellas.

2.4. Gestión

Nos centraremos a continuación en el último de los artículos modificados, el apartado segundo del artículo 91, que se refiere a cuestiones de gestión del impuesto.

Se prevé en este precepto que, de acuerdo con el sistema de gestión censal del impuesto, todos los sujetos pasivos estarán obligados a presentar las correspondientes declaraciones de alta, manifestando cuantos elementos sean precisos y estén necesitados de su inclusión en la matrícula del impuesto, cuyos aspectos generales y principales se recogen en el no modificado apartado primero del artículo que comentamos. Asimismo, cuantas alteraciones, modificaciones e incidencias se produzcan, deben de ser comunicadas a la Administración censal.

Es preciso destacar que esta obligación alcanza incluso a todos los sujetos pasivos, que aunque sujetos al impuesto, están exentos de su pago conforme prevén los ya comentados artículos, lo que supone un gran esfuerzo de gestión que va a tener su reflejo en la recaudación,

esfuerzo que se verá acentuado por el hecho de que no son sencillos algunos de los parámetros que deciden aquella exención, cual es el de la cifra neta de negocio.

El propio último párrafo de este precepto se centra en esta específica cuestión, para señalar la concreta obligación que tienen los sujetos pasivos a los que no resulta de aplicación la exención, de comunicar el importe neto de su cifra de negocios a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, así como las variaciones de la misma cuando estas alteraciones puedan afectar a la aplicación o no de la ya referida exención contemplada en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 83; o cuando afecte, asimismo, al tramo que decide la aplicación del coeficiente de ponderación que regula el artículo 87. El Ministerio de Hacienda regulará la forma, los plazos y los supuestos de presentación de esas comunicaciones.

2.5. Otras cuestiones

En las disposiciones adicionales de la Ley 51/2002, y más en concreto, en la disposición adicional cuarta, se contiene una previsión de reforma del Real decreto ley 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprobó la tarifa y la instrucción del impuesto. La reforma afecta a varios apartados de ésta y trata de hacer efectivo, por un lado, el anuncio contenido en la Exposición de motivos en orden a suprimir el número de obreros como factor determinante de la cuota del impuesto, y de otro, diversas modificaciones en algunas actividades clasificadas como la prestación de servicios de telefonía móvil y fija, y el cómputo del elemento superficie en las actividades de guardería de hijos de personal o clientes del sujeto pasivo y actividades socioculturales del mismo.

En relación con la supresión del número de obreros del cálculo de la cuota como elemento definidor, diremos que, en efecto, la sección primera de las tarifas, actividades empresariales e industriales –las que van a resultar ahora básicas en la nueva regulación del tributo–, contemplaba este elemento de número de obreros en el cálculo de la cuota para algunas actividades, elemento que desaparece en la nueva regulación, sin duda evitando perjudicar la creación de empleo a las sociedades sujetos pasivos. Quedará, por tanto, el elemento potencia instalada, como definidor de la cuota.

Por lo que respecta al apartado c) de esta disposición adicional cuarta, se introduce la presentación de servicios de telefonía móvil como actividad gravada, pivotando la cuota en torno al número de abonados y de instalaciones de antena como elementos determinantes de aquélla. Cabe destacar que el texto incorpora un concepto de antena de telefonía, aspecto éste importante, así como la especificación de que para el cálculo del número de abonados se considerarán todos los clientes de cada operador de telefonía móvil, siendo la cuota, evidentemente, nacional.

La modificación contenida en el apartado f) y relativa a los servicios de guardería y actividades socioculturales, lleva a una cuota en la que no sólo no se computará la superficie de los locales destinados a esta actividad sino que se deducirá de la superficie correspondiente a los elementos directamente afectados a la actividad gravada, señalándose un límite del 10% de la superficie computable y correspondiente a los elementos directamente afectos a la actividad gravada, evitando así la posibilidad de que *de facto* pudiera desaparecer el elemento superficie del cálculo de la cuota. No es necesario insistir que nos encontramos ante una previsión directamente encaminada a promover medidas que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar.

En el apartado h) de esta disposición también se introducen modificaciones en relación con la exacción y distribución de cuotas nacionales y en el apartado i) las cuotas provinciales.

3. El impuesto de bienes inmuebles

3.1. Cuestiones generales

Esta figura tributaria, junto con el IAE, es uno de los dos impuestos fundamentales en el sistema tributario de las entidades locales y precisamente ambos son objeto de especial tratamiento en la Ley 51/2002, de reforma de las haciendas locales.

En relación con el IBI, junto con esta ley, también ha de tenerse muy presente la reciente Ley 48/2002, de 23 de diciembre, de catastro inmobiliario, que ya sabemos que tiene una íntima relación con el régimen jurídico de este impuesto inmobiliario y que hasta ahora tenía su lugar normativo en la propia Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales. En efecto, los aspectos catastrales se regulan en la Ley 48/2002 y, por tanto, la determinación de la base imponible del IBI, y más en concreto, los procedimientos de valoración de los bienes inmuebles, se contendrán en esta norma catastral. También debemos destacar que los preceptos de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, modificada por la Ley 14/2000, se incorporan en la Ley 51/2002, una vez que la misma ha quedado derogada por la Ley 48/2002, tal y como establece su disposición derogatoria, por lo que la regulación de la base liquidable en relación con la reducción de la base imponible, se traslada a esta norma.

Pero veamos con detenimiento alguno de los aspectos más llamativos de la nueva regulación del IBI, para lo cual seguiremos el orden reflejado en el articulado de la ley.

3.2. Hecho imponible

Hemos necesariamente de comenzar señalando que el nuevo artículo 61 de la ley fija un concepto y características del impuesto y deja para el artículo 62 la determinación del hecho imponible, que en la redacción anterior se contenían en el antiguo artículo 61. En esta línea, también debemos destacar que desaparece el antiguo artículo 62, que establecía un concepto de bien inmueble, señalando ahora el artículo 62.3 que tendrán consideración de bienes inmuebles los establecidos como tales en la Ley del catastro inmobiliario, la cual, al igual que hace este apartado, distingue en su artículo 2 entre bienes inmuebles urbanos, rústicos y de características especiales.

En todo caso, el hecho imponible del impuesto se regula en el artículo 62 y se centra en la titularidad de una concesión administrativa sobre bienes inmuebles sujetos o sobre los servicios públicos sobre los que se hallen afectos, un derecho real de superficie, o un derecho de usufructo o de propiedad sobre un bien inmueble rústico, urbano o de características especiales. En todo caso, la sujeción por la ostentación de uno de los derechos previstos en este apartado 1 del artículo 62 excluirá la sujección por el resto, según el orden de prelación establecido. Así lo determina el artículo 62.2.

Volviendo al concepto de bien inmueble sobre el que gira toda la regulación, como ya indicamos más atrás, la Ley 51/2002 remite a la normativa catastral que viene determinada por la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del catastro inmobiliario, la cual establece en el artículo 2.1 un concepto general que conecta directamente con una parcela o porción de suelo, para añadir adicionalmente otros supuestos en tres apartados. Nos remitimos íntegramente al contenido de este artículo.

En cuanto al concepto de bien inmueble urbano, rústico o de características especiales, nos remitimos también a la dicción literal de este artículo 2 de la Ley 48/2002, si bien realizaremos algunas precisiones.

En primer lugar, el apartado tercero de este artículo 2 señala como criterio de distinción entre el carácter urbano o rústico del inmueble el de la naturaleza de su suelo, siendo los apartados cuarto y quinto los que nos dan un concepto de suelo urbano y rústico, prácticamente por remisión a las previsiones del planeamiento urbanístico.

Como suelo urbano se señala el que se determina en el artículo 8 de la Ley 6/1998, del régimen del suelo y valoraciones, el que equivalentemente señala la legislación autonómica y el urbanizable que se prevea en el planeamiento y esté sectorizado, y el resto de este tipo cuando se apruebe el instrumento de desarrollo. El rústico será el resto.

El apartado 6 nos ofrece un concepto exhaustivo de construcción.

Por lo que se refiere a los bienes inmuebles de características especiales, que ya el apartado 4 excepciona de su inclusión en bienes los urbanos aun cuando aquél se sitúe en suelo de naturaleza urbana, el mismo se define en el apartado 7, que junto con el concepto, incluye también una descripción por grupos característicos.

Este apartado, referido al hecho imponible, ha de cerrarse refiriéndose al artículo 62.5 de la Ley 51/2002, que incorpora una descripción de bienes exentos. Esta lista coincide sustancialmente con la contenida en el viejo artículo 63, con la salvedad de la incorporación de los bienes patrimoniales municipales. Además, el artículo 63 en su nueva redacción contempla los supuestos de exención que también coinciden sustancialmente con el del antiguo artículo 64, si bien se amplía el margen de las ordenanzas fiscales municipales para establecer exenciones por razón de la cuantía de la cuota líquida de determinados inmuebles, así como de las exenciones de carácter rogado.

3.3. Sujetos pasivos

En cuanto a la regulación de los sujetos pasivos que se contiene en la nueva regulación del artículo 64, se simplifica la definición al señalar que lo serán los que ostentan la titularidad de los derechos que en cada caso sean constitutivos del hecho imponible, sean personas físicas, jurídicas o entidades de las previstas en el artículo 33 de la Ley general tributaria.

Merece una especial referencia la posibilidad de los ayuntamientos de repercutir la cuota del impuesto en quienes no siendo sujetos pasivos hagan uso de sus bienes demaniales mediante contraprestación.

Del mismo modo estimamos conveniente hacer hincapié en el supuesto de sustituto del contribuyente regulado en el artículo 64.1, párrafo segundo, en relación con quienes satisfagan mayor canon si existe una concurrencia de varios concesionarios sobre un mismo inmueble. Entendemos que existirán tantas relaciones jurídico-tributarias como concesiones existen, y, por tanto, tantos sujetos pasivos en concepto de contribuyentes como relaciones. Si son varios los titulares de la misma concesión, su relación se regulará por las previsiones del artículo 34 de la Ley general tributaria, relativo a la solidaridad entre deudores tributarios.

Prosiguiendo con el análisis del artículo 65, en este precepto se encierra la garantía por afección que antes se regulaba en el artículo 76. De entrada, este precepto limita la garantía a la cuota tributaria, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencia de 18 de diciembre de 1998, que había excluido el recargo de apremio o los intereses de demora, en consonancia con lo establecido en el ar-

tículo 37 del Reglamento general de recaudación en relación con la responsabilidad del poseedor del bien afecto, además de la lógica aplicación del principio de equidad. Los propios notarios deberán informar al efecto a los comparecientes en los contratos de transmisión que formalizan.

El apartado segundo de este precepto establece la solidaridad en proporción a su participación, cuando se refiere a los cotitulares del artículo 33 de la LGT, si éstos son sujetos pasivos del impuesto. Es un precepto de importante trascendencia práctica si lo ponemos en relación con el artículo 3.3 de la Ley 48/2002, que parece incluir a las comunidades *pro indiviso* en la previsión del artículo 33 de la LGT. El artículo 65.2 de la LGT contiene una presunción *iuris tantum* de cotitularidad por partes iguales.

3.4. Base imponible y cuota

En relación con la base imponible del impuesto, el artículo 66, después de fijarla en el valor catastral, remite íntegramente a la Ley 48/2002 toda la regulación sustantiva de este tema. El artículo 8 de esta ley lo define como el valor catastral del suelo más el de las construcciones que sobre él se erijan, indicándose que no podrá superar el valor de mercado, ni tampoco el fijado administrativamente en el caso de bienes inmuebles con precio de venta limitado. El artículo 9 regula las llamadas ponencias de valores, y el artículo 10, los procedimientos colectivos e individualizados de valoración.

Los artículos 67 y siguientes regulan la base liquidable del impuesto. Estos preceptos no hacen otra cosa que incorporar la regulación contenida en la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, que trae causa directa en el Real decreto ley 5/1997, de 9 de abril, y que ha sido modificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

Como es sabido, estas normas, ahora incorporadas a la Ley 51/2002, buscan la reducción de las bases imponibles del IBI tras los procesos de revisión de los valores catastrales. Conforme señala el artículo 68.1, la reducción es ahora aplicable a los inmuebles urbanos y rústicos, pero no a los de características especiales, apartado cuarto. Desaparece el valor cero para los bienes rústicos que devienen urbanos, estableciéndose que la reducción, aun siendo compatible con la actualización de los valores catastrales por aplicación de los coeficientes establecidos en las diferentes leyes de presupuestos, no se aplicaría a este incremento.

Desde el punto de vista de la gestión, el artículo 67 obliga a notificar la base liquidable juntamente con la base imponible en los procedimientos de valoración colectiva, así como su motivación mediante la indicación del valor base que corresponda al inmueble.

Destaca también la previsión de que los actos que contienen esta base liquidable son impugnables ante los tribunales económico-administrativos del Estado.

El artículo 72 de la nueva regulación viene a reiterar el contenido del antiguo artículo 73 en su apartado 1, definiendo en la forma conocida las cuotas íntegra y líquida. En el actual artículo 73 se regulan los tipos de gravamen, y además de fijar unos tipos mínimos y supletorios similares a los que previene el antiguo artículo 73, señala unos tipos máximos que ya no se hacen depender de la población de derecho del municipio sujeto activo del impuesto.

El apartado 2 de este precepto fija un tipo de gravamen con carácter supletorio para los bienes inmuebles de características especiales con la posibilidad abierta de que cada municipio fije un tipo específico entre los máximos y los mínimos que establece este precepto para cada uno de los distintos grupos que de estos bienes fije el apartado 7 del artículo 2 de la Ley 48/2002.

El apartado cuarto señala la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan tipos diferentes para los bienes inmuebles urbanos de uso no residencial según la regulación de los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones. Si son varios los usos se estará al de la edificación o construcción principal. Los tipos diferenciados para los inmuebles de uso no residencial sólo podrán aplicarse, como máximo, al 10% de los bienes inmuebles urbanos del término municipal que, para cada uso, tengan mayor valor catastral, a cuyo efecto la ordenanza fiscal fijará el correspondiente umbral de valor para todos o cada uno de los usos, a partir del cual serán de aplicación los tipos incrementados.

También se establece un recargo facultativo de hasta un 50% de la cuota líquida para los inmuebles desocupados. El recargo se devenga, lógicamente, el 31 de diciembre y se liquida con carácter anual una vez constatada aquella desocupación.

En el apartado 5 se prevén supuestos de reducción de tipos similares a los del antiguo artículo 73.6, y se refieren a los casos de entrada en vigor de nuevos valores catastrales como consecuencia de procedimientos de valoración colectiva de carácter general. Ahora ya no se prevé una reducción de hasta una cuarta parte sino con unos límites máximos y mínimos para estos tipos de gravamen reducidos. En caso de alteraciones de los términos municipales, el apartado séptimo prevé la aplicación del tipo vigente en el municipio de origen.

3.5. Bonificaciones

El artículo 74 da una nueva redacción a las bonificaciones. En el apartado 1 se alude a la discrecionalidad municipal, al sustituir la determinación de un 90% de la cuota de las empresas de urbanización, construcción y

parcelación inmobiliaria, para fijarla ahora en un margen que va del 50% al 90%, estableciéndose con carácter supletorio el del 90%. Se concreta el plazo de aplicación de la bonificación para señalar que será el que transcurra desde el período impositivo siguiente a aquel en que se inicien las obras hasta el posterior a la terminación de las mismas, siempre que durante este tiempo se realicen obras de urbanización o construcción efectivas, y sin que en ningún caso pueda exceder de tres períodos impositivos.

El apartado 2 prevé una bonificación del 50% y de carácter rogado para las viviendas de protección oficial o asimilables, que alcanzará a los tres períodos impositivos siguientes a la clasificación definitiva. Se podrá solicitar en cualquier momento anterior a la terminación de esos períodos y surtirá efectos en el período impositivo siguiente a aquel en que se solicite. Esta bonificación se puede ampliar discrecionalmente por el municipio sujeto pasivo del tributo hasta un 50% más, una vez transcurrido el plazo anteriormente señalado, y tendrá la cuantía y duración que fijen las correspondientes ordenanzas fiscales municipales.

El apartado 3 incorpora la bonificación prevista en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas, en relación con los bienes rústicos de éstas. En el último párrafo, se remite a las ordenanzas las normas materiales y formales de estas bonificaciones, así como su régimen de compatibilidad con estos beneficios fiscales.

En el artículo 15 se contienen también algunas bonificaciones. Algunas de ellas ya estaban en el artículo 74 antiguo. Merece la pena destacar la posibilidad de que los municipios puedan bonificar hasta un 90% la cuota correspondiente a los bienes inmuebles de características especiales, recogida en el apartado 3 de este artículo. Llama también la atención que el apartado 4 prevea también una bonificación discrecional de hasta el 90% a favor de aquellos sujetos pasivos que ostenten la condición de titulares de familia numerosa.

En el artículo 75 de la ley se recogen aspectos similares a los que se encontraban regulados en el antiguo 75, a saber, el devengo y el período impositivo del impuesto, regulación que no ha sufrido modificaciones sustanciales, ya que éstas pueden circunscribirse al apartado 3, que remite a la Ley 48/2002 la fijación de la fecha de comienzo de la eficacia de los hechos o negocios jurídicos que afecten a las inscripciones catastrales, por lo que conforme prevé el artículo 5.6 de esta norma, sus efectos se entenderán originados el día siguiente de aquellos hechos, actos o negocios.

3.6. Gestión

Los aspectos de gestión del impuesto se ven fundamentalmente afectados por la Ley 48/2002, en donde podemos encontrar a partir de ahora todos los aspectos relacionados con la gestión catastral del impuesto que antes contenía la Ley de haciendas locales. La gestión tributaria propiamente dicha está contenida en los artículos 77 y 78.

En todo caso el artículo 77 prevé que las alteraciones en los bienes deben ser declaradas en la forma prevista en el artículo 3.1 de la Ley 48/2002, si bien se exime de estas obligaciones a los sujetos pasivos de aquellos municipios en los que mediante ordenanza fiscal se haya acogido el sistema previsto en el artículo 5.2.b) de la Ley 48/2002, es decir, cuando éstos comuniquen al catastro aquellos hechos con trascendencia catastral, con ocasión del otorgamiento de licencias o autorizaciones.

En el artículo 78.2, se prevé un solo documento de cobro para todas las cuotas del IBI de un mismo sujeto pasivo en relación con los bienes rústicos situados en un solo municipio.

El apartado 4 señala que no será necesaria notificación individual en los supuestos de valoraciones colectivas. También es reseñable la novedad contenida en el apartado 7 en orden a que acreditada la falta de coincidencia entre sujeto pasivo y titulares registrales, tras la exposición del padrón, puede el órgano gestor acordar las rectificaciones procedentes dando cuenta a la Dirección General del Catastro.

La Ley 48/2002 incorpora a un texto legal autónomo la regulación de la gestión catastral en relación con el IBI. En este sentido, el artículo 4 señala los procedimientos de inscripción de bienes inmuebles al catastro inmobiliario, tras recordar la obligatoriedad de la misma. Son cuatro los procedimientos previstos, a saber, el procedimiento de inscripción mediante declaraciones, comunicaciones y solicitudes, el de subsanación de discrepancias, la inspección catastral y la valoración.

El artículo 5 regula las declaraciones como documentos a través de los cuales se pone en conocimiento del catastro inmobiliario que se han producido las circunstancias determinantes de un alta, baja o modificación de la inscripción.

Las comunicaciones son las que realizan los notarios y registradores de la propiedad, artículo 55 de la Ley 13/1996, las de los municipios que así se obligan conforme al ya comentado artículo 5.2.b) de la Ley 98/2002, o las derivadas de los procedimientos de concentración parcelaria. El apartado 4 establece los hechos, actos y negocios que deben de ser objeto de declaración o comunicación. Las solicitudes pueden ser de baja, incorporación de titularidad o de cotitularidades.

El procedimiento de subsanación de discrepancias se regula en el artículo 6 de la Ley 98/2002 y se produce en los casos de discrepancias entre la descripción catastral

y la realidad inmobiliaria. Ni que decir tiene que los procedimientos de inspección catastral se fundan en las potestades de investigación y comprobación en este ámbito.

Ya por último, la valoración se contiene en el artículo 8 y siguientes y muy someramente puede dividirse en procedimientos de valoración colectivos e individuales. Los segundos están en el artículo 10.4. Los colectivos pueden ser a su vez de carácter general cuando requieren una ponencia de valores total o parcial; la ponencia será también de este carácter.

En los casos previstos en el artículo 12, modificaciones de planeamiento que afecten a usos y apoderamientos que conlleven la determinación de nuevos valores catastrales, se actuará conforme al procedimiento simplificado de valoración colectiva.

Por último, el artículo 13 establece el procedimiento de valoración de los bienes inmuebles de características especiales. ■

ESTUDIOS

QDL

La financiación de las haciendas locales: novedades para 2004

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrado

1. Introducción.
1.1. Normativa esencial. 1.2. Principios. 1.3. Sistemática.
2. Modificaciones puntuales de las leyes de presupuestos y de medidas para el año 2004.
2.1. Ley de presupuestos para el año 2004. 2.2. Ley de medidas para 2004.
3. Participación en los tributos del Estado.
3.1. Entrada en vigor y significado general. 3.2. Cesión de recaudación de impuestos del Estado a los municipios grandes urbes. 3.2.1. Principios generales. 3.2.2. Ámbito subjetivo. 3.2.3. Objeto general de la cesión. 3.2.4. No-asunción de otras competencias. 3.2.5. Cesión del IRPF. 3.2.6. Cesión del IVA. 3.2.7. Cesión de los impuestos especiales sobre fabricación. 3.3. Participación de los municipios grandes urbes en los tributos del Estado: Fondo Complementario de Financiación. 3.3.1. Introducción. 3.3.2. Ámbito de aplicación. 3.3.3. Regla general. 3.3.4. Participación del año base. 3.3.5. Índice de evolución. 3.3.6. Entregas a cuenta y liquidación definitiva. 3.4. Participación en los tributos del Estado del resto de los municipios. 3.4.1. Introducción. 3.4.2. Ámbito de aplicación. 3.4.3. Importe total de la participación. 3.4.4. Distribución del importe total de la participación. 3.4.5. Desarrollo de los parámetros de distribución. 3.4.6. Entregas a cuenta. 3.5. Municipios turísticos. 3.5.1. Ámbito de aplicación. 3.5.2. Participación total. 3.5.3. Cesión de los impuestos sobre hidrocarburos y tabaco. 3.5.4. Participación en tributos. 3.6. Revisión del modelo de participación en los tributos del Estado. 3.7. Participación de las provincias y entes asimilados en tributos del Estado. 3.7.1. Introducción. 3.7.2. Cesión de recaudación de impuestos del Estado. 3.7.2.1. Ámbito subjetivo. 3.7.2.2. Objeto de la cesión. 3.7.2.3. Cesión del IRPF. 3.7.2.4. Cesión del IVA. 3.7.2.5. Cesión de los impuestos especiales sobre fabricación. 3.7.3. Participación de las provincias en los tributos del Estado: Fondo Complementario de Financiación. 3.7.3.1. Ámbito de aplicación. 3.7.3.2. Regla general. 3.7.3.3. Año base. 3.7.3.4. Índice de evolución. 3.7.3.5. Entregas a cuenta y liquidación definitiva en el ejercicio 2004. 3.7.4. Financiación de la asistencia sanitaria. 3.7.5. Participación del resto de las provincias y entes asimilados. 3.8. Otras normas de financiación de los entes locales.
4. Compensación por pérdida de recaudación del IAE.

1. Introducción

1.1. Normativa esencial

Los preceptos esenciales en materia de financiación de las haciendas locales, tanto constitucionales (artículo 142 de la CE) como básicos (artículo 105.2 de la Ley 7/1985) establecen como "nutrientes" fundamentales de las haciendas locales los tributos propios, la participación en los del Estado, y la participación en los de las comunidades autónomas.

Además, como se precisa en el último de los preceptos citados, se nutrirán de aquellos otros recursos previstos en la ley, esto es, según el artículo 2 de la Ley de haciendas locales (LHL), los ingresos patrimoniales y demás de Derecho privado, las subvenciones, los percibidos en concepto de precios públicos, el producto de las operaciones de crédito y de las multas y sanciones y las demás prestaciones de Derecho público.

Estos últimos recursos son, sin embargo, marginales (salvo situaciones más bien patológicas derivadas de convenios urbanísticos u otros semejantes), como también lo son, en la práctica, los recursos derivados de la participación en los tributos de las comunidades autónomas, en los escasos supuestos en que vienen previstos.

Así ocurre, por ejemplo, en Cataluña, en que la norma vigente –Ley 30/2002, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el 2003, actualmente prorrogados– regula en su artículo 52 la participación de los entes locales en ingresos del Estado y de la Generalidad.[1]

1.2. Principios

Además de los preceptos citados, han de tenerse en cuenta los principios que sienta el artículo 9 de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985 (BOE de 24.2.1989):

1) Suficiencia y libre disponibilidad de recursos propios: las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias.

2) Proporcionalidad con las competencias: los recursos financieros de las entidades locales deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la ley.

3) Potestad financiera: una parte al menos de los recursos financieros de las entidades locales debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales respecto de los que tengan la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de los límites de la ley.

4) Naturaleza de los sistemas financieros: los sistemas financieros sobre los cuales descansan los recursos de que disponen las entidades locales deben ser de una naturaleza suficientemente diversificada y evolutiva como para permitirles seguir, en la medida de lo posible y en la práctica, la evolución real de los costes del ejercicio de sus competencias.

5) Entidades financieramente débiles: la protección de las entidades locales financieramente más débiles reclama la adopción de procedimientos de compensación financiera o de las medidas equivalentes destinadas a corregir los efectos del desigual reparto de las fuentes potenciales de financiación, así como de las cargas que les incumben. Tales procedimientos o medidas no deben reducir la libertad de opción de las entidades locales en su propio ámbito de competencia.

6) Consulta: las entidades locales deben ser consultadas según formas apropiadas sobre las modalidades de adjudicación a éstas de los recursos redistribuidos.

1. La participación en los ingresos de la Generalidad asciende a 62,96 millones de euros, que se distribuyen así:
–Comarcas: 25,77 millones de euros.
–Municipios: 30,94 millones de euros.
–Municipios de menos de 1.000 habitantes: 6 millones de euros.
–Entidades municipales descentralizadas: 250.000 euros.
Los criterios de distribución son los siguientes:
a) Comarcas: Valle de Arán, el 1,86% y el restante 98,14%, atendiendo: 1) Al número de habitantes: 510.220,50 euros para las comarcas con población superior a 75.000 habitantes o una densidad de población superior a 100 habitantes/km2 y 413.693 euros en los demás casos; 2.532.502,80 euros, en función de la población comarcal; y 2.532.502,80 euros en función de la población comarcal ponderada por la inversa de la renta comarcal. 2) Al principio de solidaridad interterritorial, 1.378.993 euros distribuidos en proporción directa a la superficie de cada comarca y 565.390 euros distribuidos en función del número de municipios de cada comarca, ponderando con el factor 2 los municipios hasta 500 habitantes, con el factor 1,5 los comprendidos entre los 501 y los 2.000 habitantes, y con el factor 1 el resto.
b) Municipios: 3.447.480 euros al municipio de Barcelona, y el resto a los demás municipios de Cataluña: 6.506.797,50 euros a repartir, como cantidad fija, a partes iguales entre todos los municipios. El resto de la dotación se reparte: 1) Atendiendo a la población como indicador de gasto: 15.866.647,50 euros, distribuidos en proporción directa al número de habitantes del municipio. 2) Atendiendo al mayor gasto asociado al hecho de tener más de un núcleo, 1.410.400 euros, distribuido entre los municipios de menos de 50.000 habitantes con núcleos de población diferenciados fuera de la entidad capital de municipio, y de la forma siguiente. 3) Atendiendo al mayor gasto asociado a la capitalidad comarcal, una cantidad fija de 3.450 euros para cada capital y 214.675 euros distribuidos en proporción a la población comarcal fuera de la capital. 4) Para el fomento de la prestación supramunicipal de servicios se distribuyen entre los municipios 3.359.576 euros proporcionalmente a la cantidad calculada para cada uno de acuerdo con lo señalado.
c) Municipios de menos de 1.000 habitantes: 6.000 euros por municipio y el resto en proporción directa al número de habitantes del municipio.
d) Entidades municipales descentralizadas: 1) Una cantidad fija, de acuerdo con los tramos de población siguientes: 3.000 euros para cada entidad municipal descentralizada con población igual o inferior a 100 habitantes, 5.000 euros para cada entidad municipal descentralizada con población comprendida entre 101 y 500 habitantes, 8.000 euros para cada entidad municipal descentralizada con población comprendida entre 501 y 1.000 habitantes y 12.000 euros para cada entidad municipal descentralizada con población superior a 1.000 habitantes. 2) La cantidad restante se distribuye en proporción al número de habitantes de cada entidad municipal descentralizada.

7) Subvenciones: en la medida de lo posible, las subvenciones concedidas a las entidades locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos. La concesión de subvenciones no deberá causar perjuicio a la libertad fundamental de la política de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia.

8) Acceso al mercado de capitales: con el fin de financiar sus gastos de inversión, las entidades locales deben tener acceso, de conformidad con la ley, al mercado nacional de capitales.

1.3. Sistemática

Las presentes notas, sin embargo, van a centrarse, esencialmente, en el nuevo sistema de participación de las entidades locales en los tributos del Estado, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2004, con especial énfasis en la novedosa cesión de recaudación de impuestos del Estado.

Es sabido que la suficiencia financiera de las entidades locales (principio esencial del citado artículo 142 de la CE) sólo puede conseguirse o bien reduciendo el nivel de gasto, o bien aumentando la capacidad recaudadora de los tributos propios y/o el nivel de participación en los tributos estatales. En definitiva, como subraya J. Pagés i Galtés,[2] el dilema es bien sencillo: más recursos provinientes de tributos propios sujetos a la acción de gobierno local; o más recursos provinientes, vía participación, en sentido amplio, de tributos propios de otros niveles de recursos.

Las ventajas del primer sistema son patentes: mayor poder tributario, mayor autonomía financiera y mayor responsabilidad política (indudable ventaja, aunque conlleve el riesgo de repercutir negativamente en términos electorales: en eso consiste un sistema representativo).

Sin embargo, la reforma de la Ley 51/2002 ha optado por dar primacía a las participaciones en los tributos del Estado, vía participación o vía compensación por la pérdida de recaudación por la lamentable reforma del IAE. La única "ventaja" será el menor riesgo electoral, a costa de un menor poder, de una menor capacidad de maniobra y de una menor autonomía.

Esa opción justifica la atención que se presta a continuación a la participación de las entidades locales en los tributos del Estado, así como que, al final, se reseñe el régimen normativo de la compensación por pérdida de recaudación del IAE, que ha pasado a constituir un nuevo y general medio de financiación de todas ellas.

Antes de examinar esa participación en los tributos del Estado, se hace referencia a las modificaciones que en relación con la financiación de las haciendas locales contienen tanto la Ley de presupuestos para 2004 como la Ley de medidas, ese deleznable ejemplo de técnica legislativa, que hay que "agradecer" a la doctrina del Tribunal Constitucional, pues nunca ha sido más clara la aplicación del refrán "peor el remedio que la enfermedad" sobre la recaída en materia de límites del contenido material de las leyes de presupuestos.

Con todo ello, quedarán expuestas, en sus trazos esenciales, las novedades en materia de financiación de las haciendas locales para el año 2004.

2. Modificaciones puntuales de las leyes de presupuestos y de medidas para el año 2004

2.1. Ley de presupuestos para el año 2004

La Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003), además de las fundamentales normas sobre participación de las entidades locales en los tributos del Estado (artículos 64 a 91), que se analizan posteriormente, se limita a introducir las siguientes novedades puntuales:

–En el *impuesto sobre bienes inmuebles*, se actualizan los valores catastrales de los bienes inmuebles en un dos por ciento (artículo 60), como viene siendo habitual en todas las leyes de presupuestos.

La actualización se lleva a cabo mediante la aplicación del coeficiente 1,02, en los siguientes términos: *a*) cuando se trate de bienes inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el catastro inmobiliario, se aplicará sobre el valor asignado a dichos bienes para 2003, y *b*) cuando se trate de bienes inmuebles que hubieran sufrido alteraciones de sus características conforme a los datos obrantes en el catastro inmobiliario, sin que dichas variaciones hubieran tenido efectividad, el mencionado coeficiente se aplicará sobre el valor asignado a tales inmuebles, en virtud de las nuevas circunstancias, por la Dirección General del Catastro, con aplicación de los módulos que hubieran servido de base para la fijación de los valores catastrales del resto de los bienes inmuebles del municipio.

Quedan excluidos de la actualización: *a*) los valores catastrales obtenidos de la aplicación de las ponencias de valores totales aprobadas entre el 1 de enero de 1997 y el 30 de junio de 2002, y *b*) los valores obtenidos de la aplicación de las ponencias de valores parciales aprobadas desde la primera de las fechas indicadas en los municipios en que haya sido de aplicación el artículo segundo de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre (es decir,

2. "La reforma de las haciendas locales en aras a la consecución del principio de suficiencia financiera", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 114/2002, pág. 197.

cuando se hubiere aplicado la reducción en la base imponible).

El incremento de los valores catastrales de los bienes inmuebles rústicos no tendrá efectos respecto al límite de base imponible de las explotaciones agrarias que condiciona la inclusión en el régimen especial agrario de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia, que seguirá rigiéndose por su legislación específica.

–Son aplicables a las haciendas locales los nuevos *tipos de interés legal del dinero*: el interés legal del dinero queda establecido para 2004 en el 3,75%, mientras que el interés de demora será del 4,75% (disposición adicional sexta).

–En relación con la *compensación por pérdida de recaudación en el IAE*, la disposición adicional 26 introduce una previsión específica para los casos de reducción sustancial de la recaudación obtenida en el año 2003, que se analiza en otro lugar.

2.2. Ley de medidas para 2004

Las reformas que introduce la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre de 2003), en materia de financiación de las haciendas locales son, como se deriva del propio carácter heterogéneo de tal tipo de normas legales, muy diversas y más limitadas que las de otros ejercicios, precisamente por la reforma llevada a cabo por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre. Cabe resumirlas así:

1.º) *En materia de operaciones de crédito*, las reformas se limitan a adaptar la LHL al nuevo régimen de los organismos autónomos y sociedades mercantiles contenido en la Ley 57/2003, de modernización del gobierno local (artículo 64 de la Ley 62/2003):

–*En el artículo 49 de la LHL* (principio general en materia de operaciones de crédito), se sustituye la referencia a "sus organismos autónomos y sociedades mercantiles de capital íntegramente local" por la de "sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes".

–*En el artículo 50 de la LHL* (crédito público y privado), se sustituyen las referencias a "sus organismos autónomos y sociedades mercantiles de capital íntegramente local" por la de "sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado", en el apartado 1; y por la de "organismos autónomos y sociedades mercantiles dependientes", en el párrafo b) de la letra A) del apartado 5.

–*En el artículo 54 de la LHL* (autorización del Ministerio de Hacienda), se lleva a cabo una modificación de iguales términos. Se añaden, además, las siguientes precisiones:

a) En el ahorro neto no se incluirán las obligaciones reconocidas, derivadas de modificaciones de créditos, que hayan sido financiadas con remanente líquido de tesorería (apartado 1).

b) Se suprime la referencia a "en los términos que se definan reglamentariamente", que se sustituye por la mención a "incluyendo el importe de la operación proyectada"; la referencia que antes se hacía a los estados contables consolidados "que integran los presupuestos generales de la corporación", lo es ahora a los estados contables consolidados "de las entidades citadas en el apartado 1 de este artículo"; y se añade que el cálculo del porcentaje se realizará considerando las operaciones de crédito vigentes, tanto a corto como a largo plazo, valoradas con los mismos criterios utilizados para su inclusión en el balance. El riesgo derivado de los avales se computará aplicando el mismo criterio anterior a la operación avalada (apartado 2).

c) Se precisa que no se considerarán financiación exterior las operaciones denominadas en euros que se realicen dentro del espacio territorial de los países pertenecientes a la Unión Europea y con entidades financieras residentes en alguno de dichos países. Estas operaciones habrán de ser, en todo caso, comunicadas previamente al Ministerio de Hacienda (apartado 5).

–*En el artículo 55 de la LHL* (créditos de organismos autónomos y sociedades mercantiles), la nueva redacción se limita también a sustituir la referencia a "Los organismos autónomos y las sociedades mercantiles de capital íntegramente local" por la de "Los organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes".

2.º) En cuanto a las *modificaciones en materia de tributos propios* de los entes locales, son puntuales y erráticas (artículo 15 de la Ley 62/2003):

–En la regulación de las *tasas,* se ha añadido *un nuevo inciso al párrafo sexto de la letra c) del apartado 1 del artículo 24*, en la que se regula la tasa de las empresas suministradoras por aprovechamientos especiales (tasa del 1,5% de los ingresos brutos). Se dispone que tampoco se incluirán entre los ingresos brutos procedentes de la facturación las cantidades percibidas por aquellos servicios de suministro que vayan a ser utilizados en aquellas instalaciones que se hallen inscritas en la sección 1.ª ó 2.ª del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica del Ministerio de Economía, como materia prima necesaria para la generación de energía susceptible de tributación por este régimen especial.

Se trata de una precisión no prevista en el proyecto de ley finalmente convertido en la Ley 62/2003, y que se añadió en la tramitación parlamentaria en el Senado. Sin embargo, no consta ninguna enmienda presentada al respecto en tal cámara (*Boletín Oficial del Senado* núm. 173-d, de 4 de diciembre de 2003), por lo que no es fac-

tible ofrecer una justificación o explicación de este añadido legal. Parece que se trata, como ocurría con la exclusión de las partidas cobradas por cuenta de terceros que no constituyan un ingreso propio, incluida en la reforma de la Ley 51/2003, de una nueva corrección a la anterior doctrina legal del Tribunal Supremo sobre la materia. En efecto, la STS de 4 de julio de 2003 (recurso de casación en interés de la Ley 41/2002), fija la siguiente doctrina legal: "Que las partidas incluidas en la facturación de las empresas eléctricas por los conceptos de cuotas con destinos específicos (costes permanentes del sistema y costes de diversificación de seguridad y abastecimiento) no eran deducibles de la cifra de ingresos brutos procedentes de la facturación sobre la cual se aplicaba el 1,5% que determina el artículo 24 de la Ley de haciendas locales que establecía la tasa por ocupación del suelo, vuelo y subsuelo de la vía pública municipal, hasta la reforma introducida por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre."

–En el *impuesto sobre bienes inmuebles*, se introducen tres modificaciones puntuales:

a) *En el artículo 65 (afección de bienes),* se ha conseguido con la nueva redacción que esta materia, que se regulaba en uno de los más concisos preceptos de la redacción originaria de la LHL, su artículo 76, pase a regularse en uno de los preceptos más farragosos de la propia LHL. En lo que se refiere estrictamente a la afección de bienes, la modificación de la Ley 62/2003 consiste en sustituir el inciso "en los términos previstos en el artículo 41 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria" por lo siguiente: "en régimen de responsabilidad subsidiaria, en los términos previstos en la Ley general tributaria". El alcance de la modificación es meramente de estilo, pues, ante la nueva Ley general tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) parece que se ha optado por prescindir de la concreta remisión. Así lo sostiene por algún destacado autor.[3]

En cuanto a las obligaciones de los notarios, se mantiene la prevista en la reforma por la Ley 51/2002 (información y advertencia expresa a los comparecientes en los documentos que autoricen sobre las deudas pendientes por el impuesto sobre bienes inmuebles asociadas al inmueble que se transmite) y se añaden otras nuevas: 1) sobre el plazo dentro del cual están obligados los interesados a presentar declaración por el impuesto, cuando tal obligación subsista por no haberse aportado la referencia catastral del inmueble, conforme al párrafo tercero del artículo 54 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; 2) sobre la afección de los bienes al pago de la cuota tributaria; y, asimismo 3) sobre las responsabilidades en que incurran por la falta de presentación de declaraciones, el no efectuarlas en plazo o la presentación de declaraciones falsas, incompletas o inexactas, conforme a lo previsto en el artículo 16 de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del catastro inmobiliario.

Tal cúmulo de advertencias es, sencillamente, disparatado, y en la práctica sólo contribuye a encarecer los documentos notariales, sin ningún efecto práctico, pues, salvo que se articule un cursillo acelerado de Derecho tributario, no tendrán ninguna virtualidad. En todo caso, se recuerda que la obligación de presentar declaración por el IBI sólo subsiste cuando no se haya aportado la referencia catastral del inmueble.

b) *En el artículo 67 (notificación de la base liquidable),* se añade al apartado 2 un segundo párrafo, según el cual, sin perjuicio de lo anterior (es decir, de lo previsto en el primer párrafo sobre notificación y motivación), que será aplicable en los procedimientos de valoración colectiva de carácter general, en los de carácter parcial y simplificado, la motivación consistirá en la expresión de los datos indicados en el párrafo anterior, referidos al ejercicio en que se practique la notificación. En definitiva, la obligación de notificación y motivación de la base liquidable, que en el texto anterior estaba prevista para los procedimientos de valoración colectiva de carácter general, se extiende con la redacción dada por la Ley 62/2003 a los procedimientos de carácter parcial y simplificado. En estos casos, se precisa que los datos serán los referidos al ejercicio en que se practique la notificación.

c) *En el artículo 75 (bonificaciones potestativas)*, se modifica la relativa al fomento del aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía proveniente del Sol. Esta bonificación fue introducida (apartado 5) por el Real decreto ley 2/2003, de 25 de abril, derogado y sustituido, en los mismos términos, por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica. Sin embargo, no transcurridos dos meses, se introducen dos modificaciones, ampliando significativamente esta bonificación potestativa: 1) ya no queda restringida la bonificación a los bienes inmuebles destinados a viviendas, sino a todos los bienes inmuebles, con independencia de su destino, y 2) no es necesario ya, como en el anterior texto legal, que los sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía solar sean para autoconsumo. La exposición de motivos yerra al señalar que no se excluye ya el autoconsumo; precisamente, lo que anteriormente se ceñía al autoconsumo, actualmente se extiende a cualquier destino.

3. RUBIO DE URQUÍA, J. I. "Novedades en los tributos locales para el año 2004", en *Tributos Locales*, núm. 33, octubre de 2003, pág. 8.

–*En el impuesto sobre actividades económicas, se modifica el artículo 83.4 de la LHL*: de acuerdo con la redacción dada a tal precepto por la Ley 51/2002, las exenciones previstas en los párrafos b), e) y f) del apartado 1 eran de carácter rogado y se concedían, cuando procediera, a instancia de parte. Se trataba de las exenciones relativas a inicio de la actividad, investigación y enseñanza, y disminuidos. Ahora se da nueva redacción al precepto, eliminándose la referencia al párrafo b), de forma que sólo serán exenciones de carácter rogado, a partir del 1 de enero de 2004, las relativas a investigación y enseñanza y a disminuidos. Por el contrario, la exención de la letra b), relativa a inicio de la actividad, deja de ser rogada, para convertirse en automática.

Esta modificación no venía prevista en el proyecto de ley que terminó siendo la Ley 62/2003, siendo introducida en virtud de la incorporación en el Senado de la enmienda 608, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, con la siguiente justificación: "En relación con las exenciones en el impuesto sobre actividades económicas, se suprime el carácter rogado de la exención por inicio de actividad –letra b) del apartado 1 del artículo 83 de la LHL–. Esta medida facilita y simplifica la gestión del impuesto y reduce las cargas formales de los sujetos pasivos."

–*En el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras*, se da *nueva redacción a la letra b) del artículo 104.2 de la LHL*, relativa a la bonificación potestativa por incorporación de energía solar, pero sólo para eliminar la restricción de que los sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía solar fuera "para autoconsumo". Se equivoca la Exposición de motivos de la Ley 62/2003 cuando dice que ya no se excluye el autoconsumo, pues lo que realmente se hace es convertir una bonificación que antes sólo podía concederse en caso de sistema para autoconsumo a cualquier otro supuesto.

–En el *impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana,* en un *nuevo párrafo del artículo 111.7 de la LHL*, se incorpora una nueva obligación de los notarios, la de advertir expresamente a los comparecientes en los documentos que autoricen sobre el plazo dentro del cual están obligados los interesados a presentar declaración por el impuesto y, asimismo, sobre las responsabilidades en que incurran por la falta de presentación de declaraciones.

3.º) Respecto de la *participación en los tributos del Estado*, la Ley de medidas (artículo 64) introduce sendos apartados a los artículos 113 ter y 125 quinquies, para establecer la determinación de los rendimientos cedidos, respectivamente, a municipios y provincias y entes asimilados, cuando no estuvieren disponibles los índices que se establecen con carácter general. Además, se aclara la redacción del artículo 115 quáter 2, sobre participación en estos tributos de los municipios turísticos. Todo ello se estudia conjuntamente al tratar de esta cuestión.

4.º) También se analiza en el lugar oportuno la modificación que el artículo 65 de la Ley de medidas introduce en la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, sobre *compensación por pérdida de recaudación en el IAE.*

Por otra parte, la Ley de medidas *modifica los plazos establecidos anteriormente para que el Gobierno apruebe textos refundidos de las leyes de haciendas locales y del catastro inmobiliario*. Estas autorizaciones para refundir tienen su pequeña historia:

–La Ley 48/2002, del catastro inmobiliario, regula unitaria y sistemáticamente la institución partiendo de la normativa anterior. Pero ésta no se deroga, si bien se autorizó al Gobierno a refundir en un solo texto las disposiciones legales vigentes reguladoras del catastro, desde la Ley de 23 de marzo de 1906, pues se trata de un texto parcial que no abarca todas las facetas catastrales ahora dispersas en distintas leyes. El plazo máximo de la autorización para refundir era de un año, finalizando, pues, el 1 de enero de 2004.

Pero la disposición final decimoséptima de la Ley de medidas para 2004 modifica la disposición final segunda de la Ley 48/2002, del catastro inmobiliario, ampliando a quince meses el plazo para la refundición, que habrá de llevarse a cabo antes del 1 de abril de 2004.

–En cambio, la Ley 51/2002, de reforma de la LHL, no estableció ninguna previsión respecto de la refundición de la LHL, que se añadió en una ley por completo extravagante a las haciendas locales, la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE de 5 de julio de 2003). Se introdujo en la Ley 51/2002 una nueva disposición adicional, en cuya virtud el Gobierno había de elaborar y aprobar en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales. Por tanto, también antes del 1 de enero de 2004 había de aprobarse tal Texto refundido de la LHL.

Como en el caso anterior, la disposición final decimosexta de la Ley de medidas para 2004 modifica el plazo de la autorización para refundir, que fine en quince meses. *Por tanto, la refundición habrá de llevarse a cabo antes también del 1 de abril de 2004.*

3. Participación en los tributos del Estado

3.1. Entrada en vigor y significado general

El 1 de enero de 2004 ha sido una fecha fundamental para el modelo de financiación de las haciendas locales:

1.º) En tal fecha ha entrado en vigor la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales (BOE de 28 de diciembre de 2002), en

la parte que modifica en profundidad el modelo de participación de los entes locales en los tributos del Estado. En efecto, según el apartado 2 de la disposición final segunda de la Ley 51/2002, el modelo de financiación de las entidades locales ha entrado en vigor el 1 de enero de 2004, siendo objeto de desarrollo anual por las leyes de presupuestos generales del Estado, de conformidad con las directrices recogidas en la propia Ley 51/2002.

La propia exposición de motivos de la misma ley explica que, pese a ese diferimiento de la entrada en vigor, se ha incluido en la propia Ley 51/2002 por razones obvias de economía legislativa, con el fin de evitar la proliferación de reformas y revisiones de la regulación de una misma materia.

El desfase entre la entrada en vigor de la reforma en materia tributaria, con la sustancial reducción de ingresos por el IAE, ha dado lugar a una compensación específica, que se ha convertido en permanente y que ha venido a constituir una fuente ordinaria de ingresos para todos los municipios.

El modelo que entró en vigor el 1 de enero de 2004 es ya el cuarto desde la entrada en vigor de la LHL, de manera que han regido hasta tres regulaciones diferentes: la originaria de la LHL, que rigió de 1989 a 1993; la incluida en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, que rigió para el quinquenio 1994-1998; la introducida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, establecida para el quinquenio 1999-2003, y la actualmente vigente, introducida por la Ley 51/2002 y desarrollada por la Ley de presupuestos para el año 2004.

El fundamento jurídico 31 de la STC 233/1999, de 16 de diciembre de 1999, desestimó la impugnación por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña de la constitucionalidad de los preceptos originarios de la LHL reguladores de la participación de los entes locales en los tributos del Estado.

2.º) La Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003) articula el nuevo modelo de participación de las corporaciones locales, tanto en la determinación de su cuantía, como en la forma de hacerla efectiva. Sus artículos 64 a 91 regulan extensamente esta materia.

Como subraya J. M. Tejerizo López,[4] las características esenciales del modelo instaurado por la Ley 51/2002 son las siguientes:

–Se ha confirmado la desaparición de los recargos sobre los tributos estatales.

–El modelo se ha complicado, puesto que se distingue entre la cesión de la recaudación de ciertos tributos estatales, y la participación misma en los tributos del Estado (incluso dentro de ésta existen dos modalidades diferentes).

–En general, se aplican las ideas generales anteriores respecto de la cuantía de los fondos y de los criterios de reparto.

–Se establecen diversas categorías de municipios a la hora de distribuir las participaciones en los ingresos del Estado.

De esta forma, como destaca el mismo autor, el contenido del nuevo modelo puede resumirse así:

a) *Municipios capital de provincia o de comunidades autónomas, y municipios de más de 75.000 habitantes*. La participación de estos municipios es doble: por un lado se cede un porcentaje de recaudación de ciertos tributos estatales; y por otra parte, se les reconoce una participación en los tributos estatales bajo la denominación de Fondo Compensatorio de Financiación.

Las notas características de la cesión de ciertos tributos son las siguientes:

–Se cede un porcentaje de la cuota o de la recaudación, según los casos, del IRPF, IVA y algunos impuestos especiales.

–La cesión se realiza sin que se minoren los rendimientos cedidos actualmente a las comunidades autónomas.

–La cesión se realiza utilizando criterios de residencia en el caso del IRPF y de los impuestos especiales, y según los índices de consumo en el caso del IVA.

–La cesión abarca sólo la recaudación, pero no la gestión ni, por supuesto, la capacidad normativa.

–Además, estos municipios recibirán una participación de los tributos del Estado, bajo la denominación de Fondo Complementario de Financiación.

b) *Otros municipios*. El resto de los municipios sólo tendrán una participación en los tributos del Estado.

c) *Municipios turísticos*. Se reconocen como categoría específica, y son aquellos que tengan una población de derecho superior a 20.000 habitantes, y en los que las viviendas de segunda residencia superen a las viviendas principales. Estos municipios participarán en los ingresos estatales del siguiente modo:

–Recibirán una parte de la recaudación de los impuestos sobre hidrocarburos y sobre las labores de tabaco.

–Recibirán, como el resto de los municipios menores de 75.000 habitantes, una participación en los tributos del Estado.

d) *Provincias*. Tendrán un modelo de participación en los ingresos del Estado similar al expuesto para los municipios de mayor importancia, aunque naturalmente son diferentes tanto los porcentajes de cesión de la

4. "Relaciones entre los diferentes niveles del sistema tributario español a la luz de la reforma de las haciendas locales", en *Tributos Locales*, núm. 29, mayo de 2003, pág. 22.

recaudación, como los de participación en los tributos estatales.

3.2. Cesión de recaudación de impuestos del Estado a los municipios grandes urbes

3.2.1. Principios generales

La Ley 51/2002 dio nueva redacción a todo el capítulo III del título II de la LHL, capítulo que ahora se desdobla en dos:

–El capítulo III.A), referido a la cesión de recaudación de impuestos del Estado.

–El capítulo III.B), que regula la participación de los municipios en los tributos del Estado.

El capítulo III.A) consta de dos secciones, referidas:

–La primera, al alcance y condiciones generales de la cesión.

–La segunda, al alcance y condiciones específicas de la cesión.

La cesión de recaudación de impuestos del Estado que introduce la Ley 51/2002, con efectos desde el 1 de enero de 2004, se basa, según la exposición de motivos de aquélla, en la pretensión de fijar unos mecanismos de financiación con vocación de permanencia en el tiempo, con el establecimiento de unos criterios similares a los ya definidos para las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía.

Asimismo, se profundiza en la consecución del objetivo de suficiencia, con reconocimiento de la realidad cada vez más palmaria del carácter de polo de atracción que vienen ostentando las grandes urbes. Esta situación genera unas mayores necesidades financieras derivadas de la fuerte presión de la demanda de servicios públicos básicos y obligatorios y una mayor actividad económica que permite un rendimiento más elevado de los impuestos estatales que gravan las distintas manifestaciones de la misma.

Por este motivo, se configura, por un lado, una estructura dual de financiación, de naturaleza analítico-sintética, a favor de los grandes municipios y de las capitales de provincia de régimen común:

a) De naturaleza analítica, por cuanto se canaliza hacia estas entidades una parte de los rendimientos obtenidos por la Hacienda del Estado en las figuras impositivas de mayor potencialidad recaudatoria, cedidas parcialmente a las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, según lo dispuesto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas de su nuevo sistema de financiación.

b) De naturaleza sintética, ya que se fija para los grandes municipios una participación en tributos del Estado que evolucionará al mismo ritmo que los ingresos tributarios del Estado, con determinación de este índice en los mismos términos que para las comunidades autónomas. Este componente de participación se configura como complementario de los recursos que obtengan los municipios por la cesión de los rendimientos recaudatorios en los impuestos estatales citados.

3.2.2. Ámbito subjetivo

El nuevo artículo 112 de la LHL estable el ámbito subjetivo de la cesión de recaudación de impuestos del Estado. Tal cesión sólo se produce para aquellos municipios en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

–Ser capital de provincia.

–Ser capital de comunidad autónoma.

–Tener una población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes.

Se precisa que, a estos efectos, se tendrá en cuenta la población resultante de la actualización del padrón municipal de habitantes vigente el 1 de enero de 2004, esto es, cuando entre en vigor el modelo de cesión de recaudación de impuestos del Estado que se establece.

Por su parte, el artículo 112 quáter de la LHL regula la revisión del ámbito subjetivo de aplicación de la cesión de recaudación de impuestos del Estado: se procederá a tal revisión cada cuatro años, teniendo en cuenta el cumplimiento en el momento de la revisión de los requisitos establecidos para la delimitación del ámbito subjetivo del artículo 112 (capital de provincia o de comunidad autónoma, y, sobre todo, población de derecho igual o superior de 75.000 habitantes).

De esta forma, el modelo de cesión de recaudación se ciñe a lo que la Exposición de motivos de la Ley 51/2002 denomina, como ha quedado señalado, "grandes urbes" o "grandes municipios", pues se pretende reconocer la realidad cada vez más palmaria del carácter de polo de atracción que vienen ostentando tales grandes urbes. Esta situación –según tal exposición de motivos– genera unas mayores necesidades financieras derivadas de la fuerte presión de la demanda de servicios públicos básicos y obligatorios y una mayor actividad económica que permite un rendimiento más elevado de los impuestos estatales que gravan las distintas manifestaciones de la misma.

Sin embargo, el criterio de la población no es el único aplicable, pues, además de los municipios que tengan una población de derecho superior a 75.000 habitantes (en el proyecto de ley, eran 100.000 habitantes), se incluyen las capitales de provincia o de comunidad autónoma, cualquiera que sea su población.

Además, llaman la atención las diferencias que se observan respecto del ámbito de aplicación de la nueva organización jurídico-administrativa del nuevo título X de la Ley de bases del régimen local (LBRL), introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, con entrada en vigor igualmen-

te el 1 de enero de 2004, para los que se denominan "municipios de gran población":

a) Los municipios del citado título X serán, en todo caso, los de más de 250.000 habitantes y las capitales de provincia de más de 175.000 habitantes; además, si media decisión de las asambleas legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos, las capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de instituciones autonómicas, así como los municipios de más de 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales históricas o culturales especiales. El municipio de Barcelona queda excluido explícitamente.

Por tanto, mientras que en la LHL la cesión será siempre automática a los municipios que cumplan los requisitos legales (más de 75.000 habitantes o capitales de provincia o de comunidad autónoma), en la Ley de modernización del gobierno local, la aplicación del título X de la LBRL sólo será automática para los municipios de más de 250.000 habitantes o capitales de provincia de más de 75.000 habitantes. Pero si se generalizan las decisiones de las asambleas legislativas autonómicas, podrá existir finalmente una coincidencia práctica entre uno y otro régimen.

b) También es diferente el sistema de inclusión en uno u otro régimen. En la LHL, la cesión toma como referencia el padrón vigente el 1 de enero de 2004 y la revisión es cuatrienal, tomando como referencia el número de habitantes en el momento de la revisión (1 de enero de 2008). En cambio, en la LBRL, si se alcanza la población requerida el 1 de enero del año anterior, se dispondrá de seis meses para la adaptación; además, si resulta de aplicación el título X y aunque la cifra de población se reduzca por debajo del límite legal, se continuará aquella aplicación.

3.2.3. Objeto general de la cesión

Se trata de canalizar una parte de los rendimientos obtenidos por la Hacienda del Estado en las figuras impositivas de mayor potencialidad recaudatoria, cedidas parcialmente a las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, según lo dispuesto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas de su nuevo sistema de financiación.

La cesión lo es de los siguientes porcentajes de los rendimientos que no hayan sido objeto de cesión a las comunidades autónomas, obtenidos en los impuestos estatales que se citan:

a) IRPF: el 1,6875 por ciento de la cuota líquida.

b) IVA: el 1,7897 por ciento de la recaudación líquida por el mismo imputable a cada municipio.

c) Impuestos especiales: el 2,0454 por ciento de la recaudación líquida imputable a cada municipio por los impuestos especiales sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios, sobre alcohol y bebidas derivadas, sobre hidrocarburos y sobre labores de tabaco.

Para determinar las bases o rendimientos sobre los que se aplicarán los porcentajes anteriores, hay que estar a lo previsto en el artículo 112 ter de la LHL, que distingue la cuota líquida en el IRPF (apartado 1) y en los demás impuestos objeto de cesión (IVA e impuestos especiales: apartado 2):

a) IRPF:

En cuanto al importe de la cuota líquida en el IRPF se entenderá por tal:

1) La parte estatal de las cuotas líquidas que los residentes en el territorio del municipio hayan consignado en la declaración del IRPF presentada e ingresada dentro de los plazos establecidos por la normativa reguladora del impuesto, minorada en la parte correspondiente de las deducciones por doble imposición de dividendos y doble imposición internacional.

2) La parte estatal de las cuotas líquidas de los contribuyentes residentes en el territorio del municipio que no estén obligados a declarar y soliciten devolución, minorada en la parte correspondiente de la deducción por doble imposición de dividendos.

3) El resultado de aplicar el 67 por ciento sobre las retenciones soportadas por los contribuyentes residentes en el territorio del municipio que no estén obligados a declarar, que no hayan solicitado devolución y que obtengan rentas superiores a 6.010,12 euros.

4) La parte de la deuda tributaria que, correspondiente al Estado, sea ingresada por actas de inspección, liquidaciones practicadas por la Administración y declaraciones presentadas fuera de los plazos establecidos por la normativa reguladora del impuesto. A estos efectos, se entenderá por deuda tributaria la constituida por la cuota líquida más los conceptos a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria, con excepción de los recargos previstos en sus letras a) y d). Esta partida se minorará en el importe de las devoluciones por ingresos indebidos que deban imputarse al Estado, incluidos los intereses legales.

Por tanto, el punto de conexión que se establece en materia de IRPF hace referencia a la residencia en el territorio del municipio y se extiende, en los términos señalados, a las cuotas ingresadas, cuotas objeto de devolución, retenciones y objeto de inspección o declaraciones complementarias. Todo ello referido a la parte estatal de tales cuotas o retenciones, con exclusión de los rendimientos que hayan sido objeto de cesión a las comunidades autónomas.

b) IVA e impuestos especiales:

Tratándose, por el contrario, del impuesto sobre el valor añadido, e impuestos sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos interme-

dios, sobre el alcohol y bebidas derivadas, sobre hidrocarburos, y sobre las labores del tabaco, se entenderá por importe de recaudación líquida el porcentaje no cedido a las comunidades autónomas del conjunto de ingresos líquidos de la Hacienda estatal por los conceptos que integran cada uno de dichos impuestos, con criterio de caja, obtenidos una vez descontadas de la recaudación bruta las devoluciones y las transferencias o ajustes (positivos o negativos) establecidos en el Concierto y Convenio con las haciendas forales del País Vasco y Navarra, respectivamente.

3.2.4. No-asunción de otras competencias

El propio artículo 112 bis contiene una esencial precisión en su apartado 3: los municipios no podrán asumir, en ningún caso, competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se les cede, así como tampoco en materia de revisión de los actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, cuya titularidad y ejercicio corresponderá exclusivamente al Estado.

En el mismo sentido, la Exposición de motivos de la Ley 51/2002 señala que en ningún caso se ceden a las entidades locales, en relación con los impuestos estatales en cuyos rendimientos recaudatorios participan, competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección, así como tampoco en materia de revisión de los actos que se dicten en vía de gestión de dichos tributos, al corresponder exclusivamente al Estado su titularidad y ejercicio.

De esta forma, queda explícitamente excluido cualquier tipo de participación de los municipios, ya sea individual o colectiva, tanto en la gestión como en la graduación de los tipos de gravamen de los impuestos cedidos.

Por tanto, como subraya A. Agulló Agüero,[5] la idea de cesión que preside la regulación de la Ley 51/2002 nada tiene que ver con el concepto de gestión que se utiliza en relación con las comunidades autónomas (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, del nuevo sistema de financiación autonómica). En ese caso, a diferencia de lo que ocurre con las comunidades autónomas, la cesión tiene un significado meramente contable, absolutamente ajeno a un mayor reconocimiento de autonomía local y a lo que podría haber sido la primera fase de un proceso de cesión de tributos análogo al de las comunidades autónomas. No hay, pues, ninguna auténtica corresponsabilidad fiscal.

3.2.5. Cesión del IRPF

La cesión del IRPF se lleva a cabo según los puntos de conexión que se detallan en el nuevo artículo 113 de la LHL, fijándose la determinación de las entregas a cuenta y de la liquidación definitiva conforme establece el artículo 66 de la Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2004.

En efecto, el artículo 113 de la LHL *ha pasado a regular el alcance de la cesión y los puntos de conexión* en el IRPF, en los siguientes términos:

a) Reiteración de la cesión

El apartado 1 del artículo 113 de la LHL se limita a reiterar la cesión del IRPF, en los términos que ya resultan de los preceptos anteriores. Se cede, por tanto:

–A los municipios incluidos en el ámbito subjetivo del artículo 112 (capitales de provincia o comunidad autónoma y municipios de más de 75.000 habitantes).

–El porcentaje determinado en el artículo 112 bis.1.a), esto es, el 1,6875 por ciento del rendimiento no cedido a las comunidades autónomas del IRPF producido en el territorio del municipio.

–Definido en el apartado 1 del artículo 112 ter, esto es, la parte estatal de la cuotas líquidas, el 67 por ciento de las retenciones y la parte de la deuda correspondiente al Estado por actas de la inspección y liquidaciones complementarias.

b) Puntos de conexión

–*Punto de conexión principal*. El apartado 2 del artículo 113 de la LHL establece inicialmente el punto de conexión a tener en cuenta: se considera producido en el territorio de un municipio el rendimiento cedido del IRPF que corresponda a aquellos sujetos pasivos que tengan su residencia habitual en el mismo.

Residencia en distintos municipios: cuando los sujetos pasivos integrados en una unidad familiar tuvieran su residencia habitual en municipios distintos y optasen por la tributación conjunta, el rendimiento que se cede se entenderá producido en el territorio del municipio donde tenga su residencia habitual el miembro de dicha unidad con mayor base liquidable de acuerdo con las reglas de individualización del impuesto (apartado 3 del artículo 113 de la LHL).

Residencia habitual: se considerará que las personas físicas residentes en territorio español lo son en el territorio de un municipio cuando permanezcan en su territorio un mayor número de días del período impositivo en el IRPF. Para determinar el período de permanencia se computarán las ausencias temporales y, salvo prueba en contrario, se considerará que una persona física permanece en el territorio de un municipio cuando en dicho territorio radique su vivienda habitual, definiéndose ésta conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del IRPF (apartado 4 del artículo 113 de la LHL).

5. "Aproximación crítica a la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales", en *Revista de Información Fiscal,* Lex Nova, núm. 58, julio-agosto de 2003, pág. 18.

Punto de conexión subsidiario. Cuando no fuese posible determinar la permanencia referida, se considerarán residentes en el territorio del municipio donde tenga su principal centro de intereses. Se considerará como tal el territorio donde obtengan la mayor parte de la base imponible del IRPF, determinada por los siguientes componentes de renta:

–Rendimientos del trabajo, que se entenderán obtenidos donde radique el centro de trabajo respectivo, si existe.

–Rendimientos del capital inmobiliario y ganancias patrimoniales derivadas de bienes inmuebles, que se entenderán obtenidos en el lugar en que radiquen éstos.

–Derivados de actividades económicas, ya sean empresariales o profesionales, que se entenderán obtenidos donde radique el centro de gestión de cada una de ellas.

–Bases imputadas en el régimen de transparencia profesional, que se entenderán obtenidas en el lugar en el que se desarrolle la actividad profesional (apartado 5 del artículo 113 de la LHL).

En este último inciso, llama la atención la descoordinación legislativa, por cuanto se sigue mencionando el régimen de transparencia profesional, cuando el mismo ha desaparecido en virtud de la reforma de la Ley del IRPF por la Ley 46/2002.

Punto de conexión residual. Por fin, cuando no pueda determinarse la residencia conforme a los criterios establecidos anteriormente, se considerarán residentes en el lugar de su última residencia declarada a efectos del IRPF (apartado 6 del artículo 113 de la LHL).

c) Personas residentes

Se establecen dos reglas:

–Las personas físicas residentes en territorio español que no permanezcan en dicho territorio más de ciento ochenta y tres días durante el año natural, se considerarán residentes en el territorio del municipio en que radique el núcleo principal o la base de sus actividades o de sus intereses económicos (apartado 7 del artículo 113 de la LHL).

–Las personas físicas residentes en territorio español por aplicación de la presunción prevista en el párrafo segundo del artículo 9.1.b) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF, se considerarán residentes en el territorio del municipio en el que residan habitualmente el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de ellas (apartado 8 del artículo 113 de la LHL). Según dicho artículo 9.1.b) de la Ley 40/1998, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, residan habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél.

d) Entregas a cuenta y liquidación definitiva en el año 2004

Se regulan en el citado artículo 66 de la Ley de presupuestos para el año 2004:

1. Entregas mensuales a cuenta. Los municipios incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la cesión participarán en la recaudación líquida que se obtenga en 2004 del IRPF, mediante la determinación de doce entregas mensuales a cuenta de la liquidación definitiva.

2. Determinación global de la cuantía. Se utiliza en la Ley de presupuestos una de las fórmulas a la que son tan aficionados los contables que las elaboran y que podemos exponer así: el importe anual de entregas a cuenta por cesión de rendimientos recaudatorios del IRPF del municipio de que se trate resultará de multiplicar los siguientes factores:

–Dos coeficientes: el 0,016875 (porcentaje objeto de cesión) y el 0,95 (para las entregas a cuenta no se contempla el 100%, sino sólo el 95%).

–La cuota líquida estatal del IRPF en el municipio de que se trate en el año último conocido.

–El índice de actualización de la cuota líquida entre el año último conocido, y el año 2004. Este índice es el resultado de dividir el importe de la previsión presupuestaria, para 2004, por retenciones, pagos a cuenta y pagos fraccionados, entre el importe de los derechos liquidados por estos conceptos, correspondientes al año último del que se conocen las cuotas líquidas estatales de los municipios.

3. Efectividad de las entregas a cuenta. El importe que se obtenga en concepto de entregas a cuenta, según la fórmula anterior, se hará efectivo a cada municipio mediante transferencia por dozavas partes mensuales, tramitándose como devoluciones de ingresos en el concepto del IRPF.

4. Liquidación definitiva. Se determinará por la diferencia entre las entregas a cuenta percibidas y el valor definitivo de la cesión de la cuota líquida correspondiente a cada municipio, determinada en los términos del artículo 112 ter de la LHL.

3.2.6. Cesión del IVA

La cesión del IRPF se lleva a cabo según los puntos de conexión que se detallan en el nuevo artículo 113 bis de la LHL, fijándose la determinación de las entregas a cuenta y de la liquidación definitiva conforme establece el artículo 67 de la Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2004.

En efecto, el artículo 113 bis de la LHL, introducido por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la LHL, *regula el alcance de la cesión y el punto de conexión* en el impuesto sobre el valor añadido (IVA):

a) *Reiteración de la cesión*

El apartado 1 del artículo 113 bis de la LHL reitera la cesión en los términos de los preceptos precedentes:

–La cesión afecta a los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en el artículo 112 de la LHL, esto es, municipios capital de provincia o de comunidad autónoma y municipios con más de 75.000 habitantes.

–La cesión, conforme al artículo 112 bis.1.b) de la LHL, se refiere al 1,7987 del rendimiento no cedido a las comunidades autónomas del IVA que se impute producido en el territorio de cada uno de aquellos municipios.

b) *Punto de conexión*

La imputación se determinará mediante la aplicación del índice de consumo de la comunidad autónoma a la que pertenezca cada municipio a la recaudación líquida que corresponda al Estado, en los términos del apartado 2 del artículo 112 ter anterior, ponderando el resultado por la representatividad, en el ámbito de la respectiva comunidad autónoma, de la población de derecho del municipio.

Para ello se establece la consabida fórmula, para determinar el importe del rendimiento del IVA cedido al municipio de que se trate en el año en cuestión (PIVAtm), que resulta de multiplicar los siguientes factores:

–0,017897 (porcentaje que se cede).

–Recaudación líquida por el IVA correspondiente al Estado en el año en cuestión, que no haya sido objeto de cesión a las comunidades autónomas (RLIVAt).

–Índice de consumo territorial certificado por el Instituto Nacional de Estadística y elaborado a efectos de la asignación del IVA por comunidades autónomas, determinado para la comunidad autónoma a la que pertenece el municipio de que se trate, para el año en cuestión (ICti).

–Resultado de dividir las poblaciones de derecho del municipio de que se trate y de la comunidad autónoma, respectivamente, según la actualización del padrón municipal de habitantes vigente a 31 de diciembre del año en cuestión (Ptm / Pti).

c) *Entregas a cuenta y liquidación definitiva en el año 2004*

Se regulan en el citado artículo 67 de la Ley de presupuestos para el año 2004:

Entregas mensuales a cuenta. Los municipios incluidos en el ámbito de la cesión participarán en la recaudación líquida que se obtenga, por el impuesto sobre el valor añadido, mediante la determinación de doce entregas mensuales a cuenta de la liquidación definitiva.

Determinación global de la cuantía. La determinación, para cada municipio, de la cuantía global de estas entregas a cuenta se efectuará mediante la operación que se recoge en la correspondiente fórmula.

El importe anual de las entregas a cuenta del municipio de que se trate, en concepto de cesión de la recaudación de IVA obtenida en el año 2004, resultará de multiplicar los siguientes factores:

–Dos coeficientes: el 0,017897 (porcentaje objeto de cesión del IVA) y el 0,95 (para las entregas a cuenta no se contempla el 100%, sino sólo el 95%).

–El importe de la previsión presupuestaria de la recaudación líquida del IVA para el año 2004.

–El índice provisional de consumo de la comunidad autónoma para el año 2004.

–El resultado de dividir las poblaciones del municipio de que se trate y de la comunidad autónoma respectiva. A estos efectos, se considerará la población de derecho según el padrón de la población municipal vigente a 1 de enero de 2004 y aprobado oficialmente por el Gobierno.

Efectividad de las entregas a cuenta. El importe que se obtenga en concepto de entregas a cuenta, según la fórmula anterior, se hará efectivo a cada municipio mediante transferencia por dozavas partes mensuales, tramitándose como devoluciones de ingresos en el concepto de IVA.

Liquidación definitiva. La liquidación definitiva se determinará por la diferencia entre las entregas a cuenta percibidas y el valor definitivo de la cesión de la recaudación líquida por IVA que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 113 bis de la LHL.

3.2.7. Cesión de los impuestos especiales sobre fabricación

La cesión de los impuestos especiales sobre fabricación se lleva a cabo según los puntos de conexión que se detallan en el nuevo artículo 113 ter de la LHL, fijándose la determinación de las entregas a cuenta y de la liquidación definitiva conforme establecen los artículos 68 y 69 de la Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2004.

En efecto, el artículo 113 ter de la LHL, introducido por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la LHL, *regula el alcance de la cesión y el punto de conexión* en los impuestos especiales sobre fabricación:

a) Reiteración de la cesión

El apartado 1 del artículo 113 ter de la LHL reitera la cesión en los términos de los preceptos precedentes:

–La cesión afecta a los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en el artículo 112 de la LHL, esto es, municipios capital de provincia o de comunidad autónoma y municipios con más de 75.000 habitantes.

–La cesión, conforme al artículo 112 bis.1.c) de la LHL, se refiere al 2,0454 por ciento de los rendimientos no cedidos a las comunidades autónomas de los impuestos sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios, sobre el alcohol y bebidas derivadas.

Aunque el texto publicado del artículo 113 ter.1 de la LHL no mencione los impuestos especiales sobre hidrocarburos y sobre labores de tabaco, su cesión es igualmente clara, a la vista de lo dispuesto tanto en el artícu-

lo 112 bis.1.c) como en el apartado 3 del propio artículo 113 ter.

b) Punto de conexión en impuestos sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios y sobre el alcohol y bebidas derivadas

La imputación se lleva a cabo mediante un sistema análogo al de la cesión del IVA:

–Se determinará me-diante la aplicación del índice de consumo territorial de la comunidad autónoma a la que pertenezca cada municipio a la recaudación líquida que corresponda al Estado, en los términos del apartado 2 del artículo 112 ter anterior, por cada uno de los impuestos especiales citados, ponderando el resultado por la representatividad, en el ámbito de la respectiva comunidad autónoma, de la población de derecho del municipio.

El método de cálculo vendrá determinado por la siguiente formulación:

PIIEE(h)tm = 0,020454 x RLIIEE(h)t x ICti(h)t x (Ptm/Pti)

Representando:

–El término PIIEE(h)tm el importe del rendimiento cedido por el impuesto especial h al municipio m en el año t. Correspondiendo h a los impuestos a los que se refiere este apartado.

–El término RLIIEE(h)t la recaudación líquida por el impuesto especial h correspondiente al Estado en el año t, que no haya sido objeto de cesión a las comunidades autónomas.

–El término ICti (h) el índice de consumo territorial, certificado por el Instituto Nacional de Estadística, de la comunidad autónoma i a la que pertenece el municipio m, para el año t, y elaborado a efectos de la asignación del impuesto especial h por comunidades autónomas.

–Los términos (Ptm y Pti) las poblaciones de derecho del municipio m y de la comunidad autónoma i, respectivamente, según la actualización del padrón municipal de habitantes vigente a 31 de diciembre del año t.

Todos estos factores se multiplicarán por 0,020454 (porcentaje cedido de estos impuestos).

c) Punto de conexión en el impuesto sobre hidrocarburos

Se considerará producido en el territorio de un municipio el rendimiento cedido del impuesto sobre hidrocarburos que corresponda al índice de las entregas de gasolinas, gasóleos y fuelóleos en el término municipal respectivo, según datos del Ministerio de Economía, ponderadas por los correspondientes tipos impositivos (primer párrafo del artículo 113 ter.3 de la LHL).

d) Punto de conexión en el impuesto sobre labores del tabaco

Se considerará producido en el territorio de un municipio el rendimiento cedido del impuesto sobre las labores del tabaco que corresponda al índice de ventas a expendedurías de tabaco en el término municipal respectivo, según datos del Comisionado para el Mercado de Tabacos, ponderadas por los correspondientes tipos impositivos (segundo párrafo del artículo 113 ter.3 de la LHL).

Por tanto, el sistema es diverso según la clase de impuesto especial de que se trate: en general, se atenderá a la población de derecho del municipio; pero cuando se trate de hidrocarburos y labores del tabaco, se estará al lugar de entrega o venta.

e) No-disponibilidad de los índices

En el supuesto de que no estuvieren disponibles, en el ámbito municipal, los índices citados, se aplicará, en su caso, como método de determinación del rendimiento cedido a los municipios, la formulación recogida, considerando, a estos efectos, y según proceda, como índices de consumo los de entregas de gasolinas, gasóleos y fuelóleos o los de ventas a expendedurías de tabacos, correspondientes a las comunidades autónomas (artículo 113 ter.4 de la LHL, añadido por el artículo 64.5 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

f) Entregas a cuenta y liquidación definitiva en el año 2004

Se regulan en los citados artículos 68 y 69 de la Ley de presupuestos para el año 2004, que distinguen:

1. Impuestos especiales sobre fabricación de alcoholes

–Los municipios incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 112 de la LHL participarán en la recaudación líquida que se obtenga, por los impuestos sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios y sobre el alcohol y bebidas derivadas, mediante la determinación de doce entregas mensuales a cuenta de la liquidación definitiva.

–La determinación, para cada municipio, de la cuantía global de estas entregas a cuenta se efectuará mediante la siguiente operación:

ECIIEE(h)m = 0,020454 x RPIIEE(h) x ICPi(h) x (Pm/Pi) x 0,95

Siendo:

–ECIIEE(h)m: importe anual de las entregas a cuenta del municipio m, en concepto de cesión de la recaudación del impuesto especial h de los señalados obtenida en el año 2004.

–RPIIEE(h): importe de la previsión presupuestaria de la recaudación líquida del impuesto especial h de los señalados para el año 2004.

–ICPi(h): índice provisional de consumo de la comunidad autónoma i a la que pertenece el municipio m, elaborado, para el año 2004, a efectos de la asignación del impuesto especial h de los señalados.

–Pm y Pi: poblaciones del municipio m y de la comunidad autónoma i respectiva. A estos efectos, se considerará la población de derecho según el padrón de la población municipal vigente a 1 de enero de 2004 y aprobado oficialmente por el Gobierno.

–El importe que se obtenga en concepto de entregas a cuenta, según la fórmula anterior, se hará efectivo a cada municipio mediante transferencia por dozavas partes mensuales, tramitándose como devoluciones de ingresos en el concepto relativo a cada uno de los impuestos especiales señalados.

–La liquidación definitiva se determinará por la diferencia entre las entregas a cuenta percibidas y el valor definitivo de la cesión de la recaudación líquida por los impuestos especiales señalados en el primer párrafo de este apartado que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 113 ter de la LHL.

2. Impuestos especiales sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco

–Los municipios incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación participarán en la recaudación líquida que se obtenga, por los impuestos sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco, mediante la determinación de doce entregas mensuales a cuenta de la liquidación definitiva.

–La determinación, para cada municipio, de la cuantía global de estas entregas a cuenta se efectuará mediante la siguiente operación:

ECIIEE(k)m = 0,020454 x RPIIEE(k) x IPm (k) x 0,95

Siendo:

–ECIIEE(k)m: importe anual de las entregas a cuenta del municipio m, en concepto de cesión de la recaudación del impuesto especial k de los señalados, obtenida en el año 2004.

–RPIIEE(k): importe de la previsión presupuestaria de la recaudación líquida del impuesto especial k de los señalados para el año 2004.

–IPm (k): índice provisional, para el año 2004, referido al municipio m, de entregas de gasolinas, gasóleos y fuelóleos, y el de ventas a expendedurías de tabaco, ponderadas ambas por los correspondientes tipos impositivos.

En el supuesto de que no estuvieren disponibles, en el ámbito municipal, estos índices provisionales, se aplicará, como método de determinación del rendimiento cedido a los municipios, la formulación recogida en el artículo anterior, considerando, a estos efectos, y según proceda, como índices de consumo los de entregas de gasolinas, gasóleos y fuelóleos o los de ventas a expendedurías de tabacos, correspondientes a las comunidades autónomas.

–El importe que se obtenga en concepto de entregas a cuenta, según la fórmula anterior, se hará efectivo a cada municipio mediante transferencia por dozavas partes mensuales, tramitándose como devoluciones de ingresos en el concepto relativo a cada uno de los impuestos especiales señalados.

–La liquidación definitiva se determinará por la diferencia entre las entregas a cuenta percibidas y el valor definitivo de la cesión de la recaudación líquida por los impuestos especiales señalados que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 113 ter de la LHL.

3.3. Participación de los municipios grandes urbes en los tributos del Estado: Fondo Complementario de Financiación

3.3.1. Introducción

El Fondo Complementario de Financiación constituye el modelo en virtud del cual participan en los tributos del Estado los municipios a los que se refiere el artículo 112 de la LHL, esto es, los que sean capitales de provincia o de comunidad autónoma y los que tengan una población superior a 75.000 habitantes. El Fondo es "complementario" de la cesión de recaudación de impuestos del Estado para los mismos municipios.

El modelo viene regulado en la nueva redacción de la LHL en cuanto a su ámbito subjetivo (artículo 114), estableciéndose seguidamente la regla general para determinar la participación en el Fondo (artículo 114 bis), la regla para determinar la participación en el Fondo en el año base (artículo 114 ter) y, por fin, el índice de evolución (artículo 114 quáter).

Según la Exposición de motivos de la Ley 51/2002, se recoge así la naturaleza sintética de la estructura dual de financiación para los grandes municipios: "De naturaleza sintética, ya que se fija para los grandes municipios una participación en tributos del Estado que evolucionará al mismo ritmo que los ingresos tributarios del Estado, con determinación de este índice en los mismos términos que para las comunidades autónomas. Este componente de participación se configura como complementario de los recursos que obtengan los municipios por la cesión de los rendimientos recaudatorios en los impuestos estatales citados."

Ha de resaltarse el fundamental cambio de indexación de toda la participación en los tributos del Estado, que en la Ley 51/2002 se liga, como ha quedado apuntado, a la evolución de los tributos del Estado, en lugar de a la evolución del Producto Interior Bruto (PIB), como ocurría con el modelo anterior. Como señala A. Agulló Agüero,[6] se producirá probablemente una minoración futura de ingresos para los entes locales ligada no ya a la marcha de la economía, como sería deseable, sino a las decisiones estatales sobre la presión fiscal, decisiones en las que no existe ningún tipo de participación local, por lo que, desde este concreto punto de vista, no se trata de una regulación que redunde en favor de la autonomía local.

6. *Op. cit.*, pág. 18.

3.3.2. Ámbito de aplicación

El artículo 114 de la LHL, tras la redacción por la Ley 51/2002, se limita a señalar el ámbito subjetivo de la participación de los municipios en los tributos del Estado a través del modelo del Fondo Complementario de Financiación.

Dicho ámbito es idéntico al ya analizado de la cesión de recaudación de impuestos del Estado, del que tal fondo es complementario: municipios capitales de provincia o de comunidades autónomas y municipios de más de 75.000 habitantes.

3.3.3. Regla general

La regla general para determinar la participación en el Fondo Complementario de Financiación viene regulada en el nuevo artículo 114 bis de la LHL: la participación en el Fondo Complementario de Financiación se determinará, para cada ejercicio y para cada municipio, aplicando un índice de evolución a la participación que le corresponda, por este concepto, en el año base del nuevo modelo, según la fórmula general que se establece en el mismo precepto.

Tal fórmula es la siguiente: PFCtm = PFC2004m x IEt/2004

Siendo:

–PFCtm y PFC2004m la participación en el Fondo Complementario de Financiación del municipio m en el año t y en el año 2004, respectivamente.

–IEt/2004 el índice de evolución entre el año base y el año t.

A estos efectos, se entenderá por año base el primero de aplicación de este modelo, es decir, el año 2004.

3.3.4. Participación del año base

La regla para determinar la participación en el Fondo Complementario de Financiación del año base (esto es, el año 2004) se contiene en el nuevo artículo 114 ter de la LHL.

Se calculará deduciendo el importe correspondiente a la cesión del rendimiento de impuestos estatales, con arreglo a lo ya analizado, de la participación total que resultaría de incrementar la participación en tributos del Estado del año 2003 en el índice de evolución establecido con arreglo a lo dispuesto en el siguiente artículo 114 quáter:

La LHL acude igualmente a una compleja fórmula para su cuantificación:

PIE2004m = PIE2003m x IE2004/2003

PFC2004m = PIE2004m – PIRPF2004m – PIVA2004m – E PIIEE(h)2004m

Representando:

–PIE2003m y PIE2004m la participación total en los ingresos del Estado correspondiente al municipio m en el último año de aplicación del modelo anterior, año 2003, y en el año base del nuevo modelo, año 2004, respectivamente.

–IE2004/2003 el índice de evolución entre los años 2003 y 2004.

–PFC2004m la participación del municipio m en el Fondo Complementario de Financiación en el año 2004.

–PIRPF2004m, PIVA2004m y E PIIEE(h)2004m importes de los rendimientos cedidos al municipio m en relación con los impuestos sobre la renta de las personas físicas, sobre el valor añadido y con el conjunto de impuestos especiales sobre fabricación correspondientes al año 2004 y determinadas con arreglo a lo dispuesto en los artículos 113, 113 bis y 113 ter.

En todo caso, la participación en tributos del Estado del año 2003 se entenderá a estos efectos en términos brutos, incluyendo, en relación con cada uno de estos municipios, todos los elementos y considerando las particularidades a las que se hace referencia en dos, tres, cuatro y cinco del artículo 65 y en el apartado tres del artículo 72 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2003 (apartado 2 del mismo artículo 114 ter de la LHL).

3.3.5. Índice de evolución

El índice de evolución se determinará, en todo caso, por el incremento que experimenten los ingresos tributarios del Estado (ITE) entre el año al que corresponda la participación y el año 2004 base (artículo 124 quáter de la LHL).

Se aplicará para ello una nueva fórmula:

IEt/2004 = ITEt/ITE2004

Los ingresos tributarios del Estado (ITE) están constituidos por la recaudación estatal, excluida la susceptible de cesión a las comunidades autónomas, por los impuestos objeto de cesión (impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto sobre el valor añadido y los impuestos especiales sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios, sobre el alcohol y bebidas derivadas, sobre hidrocarburos y sobre las labores de tabaco).

Para su concreción se estará a lo dispuesto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía (BOE núm. 313/2001, de 31 de diciembre de 2001).

3.3.6. Entregas a cuenta y liquidación definitiva

Los artículos 70 y 71 de la Ley de presupuestos para 2004 regulan estas cuestiones, que cabe resumir así:

a) Entregas a cuenta

1) Su montante global correspondiente a 2004 se reconocerá con cargo al crédito específico consignado en la Sección 32, Servicio 23, Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial, Programa 912 A.

2) Se calculará deduciendo el importe anual de las entregas a cuenta de la cesión del rendimiento de

impuestos estatales, de la participación total que resultaría de incrementar el montante de las entregas a cuenta de la participación en tributos del Estado del año 2003 en la previsión del índice de evolución del artículo 114 quáter de la LHL.

3) El montante de las entregas a cuenta de la participación en tributos del Estado del año 2003 se entenderá a estos efectos en términos brutos, incluyendo, en relación con cada uno de aquellos municipios, todos los elementos y considerando las particularidades a los que se hace referencia los preceptos ya citados en el artículo 114 ter de la LHL.

4) El importe de las entregas a cuenta se incrementará, en su caso, en una cuantía equivalente al anticipo a cuenta que pudiera corresponder a cada municipio en concepto de compensación por pérdidas de ingresos derivada de la reforma del IAE (apartado 3 de la disposición adicional décima de la Ley 51/2002).

5) Las entregas a cuenta serán abonadas a los ayuntamientos incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación (artículo 112 de la LHL) mediante pagos mensuales equivalentes a la dozava parte del montante global que resulte de la aplicación de las anteriores normas.

b) Liquidación definitiva

1) Determinado el incremento de los ingresos tributarios del Estado, con arreglo a las reglas del artículo 114 quáter de la LHL, se procederá a efectuar la liquidación definitiva de la participación de los municipios en el Fondo Complementario de Financiación para el año 2004.

2) La participación definitiva en el Fondo Complementario de Financiación correspondiente al año 2004 se calculará en los términos del artículo 114 ter de la LHL, incrementándose, en su caso, para cada municipio, en una cuantía equivalente a la compensación definitiva por pérdidas de ingresos derivada de la reforma del IAE.

3) La liquidación definitiva se determinará por la diferencia entre los montantes de las entregas a cuenta y de la participación definitiva.

3.4. Participación en los tributos del Estado del resto de los municipios

3.4.1. Introducción

Debe insistirse y resumirse que el nuevo modelo de financiación de los municipios, aplicable a partir del 1 de enero de 2004, parte de la esencial distinción entre dos tipos de municipios:

–Los que cabría denominar grandes municipios o grandes urbes, a los que se refiere el artículo 112 de la LHL, esto es, capitales de provincia o de comunidad autónoma y municipios de más de 75.000 habitantes.

–El resto de los municipios.

La financiación de los "grandes municipios" consiste en la suma de la cesión de recaudación de impuestos del Estado, y en la participación en los tributos del Estado a través del modelo de Fondo Complementario de Financiación.

Por el contrario, la financiación de los restantes municipios se encauza únicamente a través de la participación en los tributos del Estado, con una especial referencia a los municipios turísticos.

Según la Exposición de motivos de la Ley 51/2002, para el resto de los municipios se establece un modelo de participación en tributos del Estado definido por variables. La reforma también alcanza a los criterios que este modelo incluye para determinar el montante global de la financiación y para su distribución entre las entidades afectadas:

a) Por lo que se refiere al primer grupo de criterios, se modifica el índice de evolución aplicable para fijar la financiación global correspondiente a los años distintos del año base, que vendrá determinado por el ritmo de crecimiento de los ingresos tributarios del Estado, en los términos antes mencionados (frente al incremento del PIB en el sistema anterior).

b) En cuanto a los criterios de distribución, se modifican los pesos relativos de algunas variables, los coeficientes de ponderación aplicables a la población de derecho y la definición del inverso de la capacidad tributaria, con supresión, asimismo, del número de unidades escolares como criterio de reparto.

3.4.2. Ámbito de aplicación

Participarán en los tributos del Estado con arreglo al modelo correspondiente al resto de los municipios, aquellos no incluidos en el artículo 112, esto es, los que tengan una población inferior a 75.000 habitantes, y que, además, no sean capital de provincia ni capital de comunidades autónomas (nuevo artículo 115 de la LHL). Se trata, pues, de un ámbito de aplicación definido por exclusión.

El diferente régimen entre unos y otros municipios, como ya ha quedado apuntado, se justifica en la Exposición de motivos de la Ley 51/2002 en el reconocimiento de la realidad cada vez más palmaria del carácter de polo de atracción que vienen ostentando las grandes urbes. Esta situación genera unas mayores necesidades financieras derivadas de la fuerte presión de la demanda de servicios públicos básicos y obligatorios y una mayor actividad económica que permite un rendimiento más elevado de los impuestos estatales que gravan las distintas manifestaciones de la misma.

3.4.3. Importe total de la participación

La determinación del importe total de la participación en los tributos del Estado de los municipios no considerados grandes urbes se recoge en el artículo 115 bis de la LHL:

a) Regla y fórmula general

La participación total para cada ejercicio se determinará aplicando un índice de evolución a la correspondiente al año base, en los siguientes términos:

PIEt* = PIE2004* x IEt/2004

Siendo:

–PIEt* y PIE2004* la participación total en ingresos del Estado en el año t y en el año 2004, respectivamente, correspondiente a los municipios a los que se les aplica este modelo.

–IEt/2004 el índice de evolución entre el año base y el año t.

b) Determinación del índice de participación

A estos efectos, el índice de evolución se determinará por el incremento que experimenten los ingresos tributarios del Estado entre el año al que corresponda la participación y el año base, en los términos del artículo 114 quáter anterior, es decir:

IE t/2004 = ITEt / ITE2004

Ya ha quedado resaltado el fundamental cambio de indexación que en el nuevo modelo se liga a la evolución de los tributos del Estado, en lugar de a la evolución del Producto Interior Bruto (PIB), como ocurría con el modelo anterior.

c) Participación del año base

La participación total correspondiente al año base se determinará incrementando en dicho índice de evolución la participación en tributos del Estado que resulte en 2003 para el conjunto de estos municipios:

PIE2004* = PIE2003* x ÆITE2004/2003

d) Participación del año 2003

La participación en tributos del Estado del año 2003 se entenderá a estos efectos en términos brutos, incluyendo, en relación con el citado grupo de municipios, todos los elementos y considerando las particularidades a los que se hace referencia en los apartados ya citados de la Ley de presupuestos generales del Estado para 2003.

3.4.4. Distribución del importe total de la participación

La distribución del importe total de la participación de los tributos del Estado del "resto de los municipios", esto es, los no considerados grandes urbes, viene regulada en el artículo 115 ter de la LHL, con las siguientes reglas legales:

1) La participación total se distribuirá entre los municipios incluidos en este modelo de financiación con arreglo a los siguientes criterios:

a) El 75 por ciento en función del número de habitantes de derecho de cada municipio, según las cifras de población aprobadas por el Gobierno, que figuren en el último padrón municipal vigente, ponderadas por los siguientes coeficientes multiplicadores:

Estrato	Número de habitantes	Coeficientes
1	De más de 50.000	1,40
2	De 20.001 a 50.000	1,30
3	De 5.001 a 20.000	1,17
4	Hasta 5.000	1,00

b) El 12,5 por ciento en función del esfuerzo fiscal medio de cada municipio obtenido en el segundo ejercicio anterior al de la Ley de presupuestos generales del Estado correspondiente, ponderado por el número de habitantes de derecho.

A estos efectos, se entenderá por esfuerzo fiscal medio de cada municipio el que para cada ejercicio determinen las leyes de presupuestos generales del Estado en función de la aplicación que por los municipios se haga de los tributos contenidos en la presente ley.

c) El 12,5 por ciento en función del inverso de la capacidad tributaria en los términos que establezcan las leyes de presupuestos generales del Estado.

2) En ningún caso, la financiación de ningún municipio, determinada con arreglo a este modelo para el resto de municipios, podrá ser inferior a la que resulte, en términos brutos, de la liquidación definitiva de la participación en los tributos del Estado del año 2003, entendiéndose ésta en los términos brutos señalados. De la aplicación de esta regla no se podrá derivar, para cada ejercicio, un importe total superior al que resulte de lo dispuesto en el artículo 115 bis de la LHL.

Por tanto, el parámetro sustancial para la distribución será el número de habitantes de derecho de cada municipio, ponderado con los coeficientes que se señalan. En función de este parámetro se distribuirá el 75 por ciento.

Habrá de estarse a las cifras de población aprobadas por el Gobierno y que figuren en el último padrón municipal vigente. En tal sentido, ha de consultarse el Real decreto 1431/2002, de 27 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal referidas al 1 de enero de 2002 (BOE núm. 311/2002, de 28 de diciembre de 2002).

Como parámetros complementarios, se acude al esfuerzo fiscal (12,5 por ciento) y al inverso de la capacidad tributaria (otro 12,5 por ciento).

3.4.5. Desarrollo de los parámetros de distribución

El artículo 72 de la Ley de presupuestos para 2004 establece las reglas de aplicación para el ejercicio de 2004 y desarrolla las variables y los porcentajes contenidos en la LHL. Se sientan las siguientes reglas:

a) Reglas generales

1) Crédito presupuestario. El destinado a realizar las entregas a cuenta a los restantes municipios (artículo 115 de la LHL), equivalente al 95 por ciento de la previsión de su financiación total para el ejercicio de 2004 por participación en los tributos del Estado, se cifra en 2.919,11 millones de euros, tal como figura consignado en la Sección 32, Servicio 23, Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial, Programa 912A, por participación en tributos del Estado.

2) Liquidación definitiva. Determinado el incremento de los ingresos tributarios del Estado, con arreglo a las reglas del artículo 114 quáter de la LHL, se procederá a efectuar la liquidación definitiva de la participación de estos municipios en los tributos del Estado para el año 2004.

3) Compensación por el IAE. La cuantía anterior se incrementará en el montante de las compensaciones definitivas que se reconozcan a los municipios por pérdidas de ingresos derivada de la reforma del IAE.

b) Criterios de distribución

El importe global que resulte de la aplicación de las reglas se distribuirá de acuerdo con los siguientes criterios:

–Regla general. Cada ayuntamiento percibirá una cantidad igual a la resultante, en términos brutos, de la liquidación definitiva de la participación en los tributos del Estado del año 2003, calculada con arreglo a lo dispuesto en la Ley de presupuestos para dicho año. Tal cuantía se incrementará, en su caso, para cada municipio en el importe que se le reconozca en concepto de compensación por pérdidas de ingresos derivada de la reforma del IAE.

–Resto. El resto se distribuirá proporcionalmente a las diferencias positivas entre la cantidad que cada ayuntamiento obtendría de un reparto en función de las variables y los porcentajes que a continuación se mencionan y las cantidades previstas en el anterior regla general.

–Variables. A estos efectos, las variables y los porcentajes a aplicar serán los siguientes:

1) El 75 por ciento en función del *número de habitantes* de derecho de cada municipio, según el padrón de la población municipal vigente a 31 de diciembre de 2004 y aprobado oficialmente por el Gobierno, ponderado por los mismos coeficientes multiplicadores, según estratos de población, que se contienen en el artículo 115 ter.1.a) de la LHL.

2) El 12,5 por ciento en función del *esfuerzo fiscal medio* de cada municipio en el ejercicio de 2002 ponderado por el número de habitantes de derecho de cada municipio, según el padrón municipal vigente a 31 de diciembre de 2004 y oficialmente aprobado por el Gobierno.

A estos efectos, se considera esfuerzo fiscal municipal en 2002 el resultante de la aplicación de la fórmula que se recoge en el propio artículo 72 de la Ley de presupuestos, de bien difícil comprensión para los no iniciados.[7]

3) El 12,5 por ciento en función del *inverso de la capacidad tributaria*. Se entenderá como capacidad tributaria la resultante de la relación existente entre la base imponible media del IBI de naturaleza urbana por habitante de cada ayuntamiento y la misma magnitud del estrato en el que se encuadre, ponderada por la relación entre la población de derecho de cada municipio y la población total de los incluidos en esta modalidad de participación, deducidas del padrón municipal vigente a 31 de diciembre de 2004 y aprobado oficialmente por el Gobierno. A los efectos anteriores, los tramos de población se identificarán con los utilizados para la distribución del 75 por ciento asignado a la variable población.

3.4.6. Entregas a cuenta

Se abonarán en 2004 según las reglas del artículo 73 de la Ley de presupuestos para dicho año:

1) Serán abonadas a los ayuntamientos mediante pagos mensuales equivalentes a la dozava parte del respectivo crédito.

2) La participación individual de cada municipio se determinará de acuerdo con los criterios establecidos para la distribución de la liquidación definitiva, con las siguientes variaciones:

7. Concretamente, la fórmula y las explicaciones a ella son del siguiente tenor:

"Efm = (Ea RcO/RPm) x Pi

En el desarrollo de esta fórmula se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

A) El factor 'a' representa el peso relativo de cada tributo en relación con el sumatorio de la recaudación líquida obtenida en el ejercicio económico de 2002, durante el período voluntario, por el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto sobre actividades económicas y el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica, con el fin de obtener un coeficiente asignable a cada tributo considerado, con el que se operará en la forma que se determina en los párrafos siguientes.

B) La relación a RcO/RPm se calculará para cada uno de los tributos citados en el párrafo precedente y en relación a cada municipio, de la siguiente manera:

a) En el impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana y rústica, multiplicando el coeficiente obtenido en el apartado A), por el tipo impositivo real fijado por el Pleno de la corporación para el período de referencia dividido por 0,4 ó 0,3, respectivamente, que representan los tipos mínimos exigibles en cada caso y dividiéndolo a su vez por el tipo máximo potencialmente exigible en cada municipio. El resultado así obtenido en el impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana se ponderará por la razón entre la base imponible media por habitante de cada Ayuntamiento y la base imponible media por habitante del estrato en el que se encuadre. A estos efectos, los tramos de población se identificarán con los utilizados para la distribución del 75 por ciento asignado a la variable población.

b) En el impuesto sobre actividades económicas, multiplicando el coeficiente obtenido en el apartado A) por el importe del padrón municipal del impuesto incluida la incidencia de la aplicación de los índices a que se refieren los artículos 88 y 89 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, vigentes en el período impositivo de 2002, y dividiéndolo por la suma de las cuotas mínimas fijadas en las tarifas del impuesto, en relación con cada supuesto de sujeción al mismo.

c) En el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica, multiplicando el coeficiente obtenido, en el apartado A), por 1.

C) En los datos relativos a la recaudación líquida no se incluirán las cantidades percibidas como consecuencia de la distribución de las cuotas nacionales y provinciales del impuesto sobre actividades económicas ni el recargo provincial atribuible a las respectivas diputaciones provinciales.

D) El coeficiente de esfuerzo fiscal medio por habitante, para cada municipio, en ningún caso podrá ser superior al quíntuplo del menor valor calculado del coeficiente de esfuerzo fiscal medio por habitante de los ayuntamientos incluidos en el estrato de población superior a 50.000 habitantes."

–La variable población se determinará utilizando el padrón municipal de población vigente y oficialmente aprobado por el Gobierno a 1 de enero del año 2004.

–Las variables esfuerzo fiscal e inverso de la capacidad tributaria se referirán a los datos de la última liquidación definitiva practicada.

3) En todo caso, se considerará como entrega mínima a cuenta de la participación en los tributos del Estado para cada municipio una cantidad igual a la entrega a cuenta de 2003.

4) La cuantía anterior se incrementará, para cada municipio, en el importe del anticipo a cuenta de la compensación que, por posibles pérdidas de ingresos derivadas de la reforma del IAE, se le hubiere reconocido.

3.5. Municipios turísticos

El artículo 115 quáter de la LHL establece el peculiar régimen de participación en los tributos del Estado de los considerados como "municipios turísticos".

3.5.1. Ámbito de aplicación

Se considerarán municipios turísticos aquellos que, encontrándose comprendidos en el ámbito subjetivo que se define en el artículo 115 (esto es, no sean grandes urbes, más de 75.000 habitantes o capitales de provincia o de comunidad autónoma), cumplan, además, dos condiciones:

–Tener una población de derecho superior a 20.000 habitantes.

–Que el número de viviendas de segunda residencia supere al número de viviendas principales, de acuerdo con los datos oficiales del último Censo de Edificios y Viviendas.

En resumen, serán municipios turísticos, a estos efectos de participación en los tributos del Estado, los municipios de más de 20.000 habitantes pero menos de 75.000 habitantes, que no sean capitales de provincia ni de comunidad autónoma y en los que, además, el número de viviendas de segunda residencia supere al número de viviendas principales.

3.5.2. Participación total

Según la nueva redacción del apartado 2 del artículo 115 quáter dada por el artículo 64 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la participación total de cada uno de los municipios turísticos en los tributos del Estado se determinará con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 siguiente y, para su cálculo, se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

a) Cesión de la recaudación de los impuestos sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco, en la forma dispuesta en el apartado siguiente.

b) Participación en tributos del Estado en la forma prevista en el apartado 1 del artículo 115 ter de esta ley.

3.5.3. Cesión de los impuestos sobre hidrocarburos y tabaco

A cada uno de los municipios turísticos se le cederá el 2,0454 por ciento de los rendimientos que no hayan sido objeto de cesión a las comunidades autónomas por los impuestos sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco.

A estos efectos, se entenderá por rendimiento cedido la recaudación líquida imputable a cada municipio por los impuestos sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco que no hayan sido objeto de cesión a las comunidades autónomas.

Las bases o los rendimientos sobre los que se aplicará el porcentaje, así como el alcance y las condiciones específicas de la cesión, se determinarán con arreglo a lo dispuesto para la cesión a los municipios considerados grandes urbes en el apartado 2 del artículo 112 ter y en el artículo 113 ter, respectivamente.

Al igual que en la cesión a los municipios considerados grandes urbes, los municipios turísticos no podrán asumir, en ningún caso, competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se les cede, así como tampoco en materia de revisión de los actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, cuya titularidad y ejercicio corresponderá exclusivamente al Estado (apartado 3 del artículo 112 bis, al que se remite el artículo 115 quáter.3).

3.5.4. Participación en tributos

Una vez efectuado el reparto de la participación en los tributos del Estado en la forma dispuesta en el apartado 1 del artículo 115 ter (es decir, igual que a los municipios restantes, no grandes urbes), la participación individual de cada municipio turístico se reducirá en la cuantía resultante de evolucionar, con el índice definido en el apartado 2 del artículo 115 bis, la cuantía de la cesión de la recaudación de los impuestos sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco calculada en el año base 2004 para dicho municipio.

La participación en los tributos del Estado, reducida en la forma descrita, se incrementará en la cuantía calculada de la cesión de la recaudación de los impuestos sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco que corresponda para el año de que se trate (artículo 125 quáter.4 de la LHL).

3.6. Revisión del modelo de participación en los tributos del Estado

El artículo 116 de la LHL, tras la redacción dada por la Ley 51/2002, pasa a regular la revisión del conjunto de municipios que habrán de incluirse en cada uno de los modelos de participación en los tributos del Estado que

se establecen (grandes urbes y restantes municipios, incluidos los municipios turísticos).

Tal revisión se producirá con carácter cuatrienal teniendo en cuenta el cumplimiento en el momento de la revisión de los requisitos establecidos para la delimitación de los ámbitos subjetivos regulados en los artículos 114 y 115, esto es, la inclusión o no en el artículo 112 (municipios con población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes o que sean capitales de provincia o de comunidad autónoma).

La revisión se lleva a cabo, pues, siguiendo los mismos criterios que en la cesión de recaudación de impuestos del Estado a los municipios considerados grandes urbes (artículo 112 quáter).

3.7. Participación de las provincias y entes asimilados en tributos del Estado

3.7.1. Introducción

En el régimen legal anterior a la Ley 51/2002, la regulación de la participación de las provincias en los tributos del Estado era sustancialmente idéntica a la que correspondía a los municipios, salvo en lo relativo a los criterios de participación, esencialmente, por la omisión del criterio del "esfuerzo fiscal".

En el régimen legal vigente a partir del 1 de enero de 2004, la analogía hay que predicarla del modelo de financiación definido para los municipios considerados grandes urbes. Así lo destaca la Exposición de motivos de la Ley 51/2002: "Por lo que se refiere a la participación en tributos del Estado de las provincias, consejos y cabildos insulares, comunidades autónomas uniprovinciales, de régimen común, y ciudades con estatuto de autonomía, se configura también un modelo de financiación dual análogo al definido para los grandes municipios y capitales de provincia. Igualmente, se define la asignación que pudiera corresponder a cada una de aquellas entidades en el fondo de asistencia sanitaria, que se viene recogiendo y desarrollando en las leyes anuales de presupuestos generales del Estado."

3.7.2. Cesión de recaudación de impuestos del Estado

3.7.2.1. Ámbito subjetivo

La cesión se hace con el alcance y condiciones establecidas en el capítulo III-A) del título III de la LHL y en la proporción establecida en el artículo 125 bis respecto del rendimiento obtenido por el Estado en los impuestos relacionados en el mismo, en favor de:

–todas las provincias,

–así como de las comunidades autónomas uniprovinciales de régimen común que, a la entrada en vigor de la presente ley, no hubieren integrado su participación en tributos del Estado como entidad análoga a las provincias en la que les pudiere corresponder con arreglo a su naturaleza institucional como comunidad autónoma.

3.7.2.2. Objeto de la cesión

La cesión afecta a los siguientes porcentajes de los rendimientos que no hayan sido objeto de cesión a las comunidades autónomas, obtenidos en los impuestos estatales que se citan:

a) El 0,9936 por ciento de la cuota líquida del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

b) El 1,0538 por ciento de la recaudación líquida por el impuesto sobre el valor añadido imputable a cada provincia o ente asimilado.

c) El 1,2044 por ciento de la recaudación líquida imputable a cada provincia o ente asimilado por los impuestos especiales sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios, sobre el alcohol y bebidas derivadas, sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco.

Para la determinación de las bases o los rendimientos sobre los que se aplicarán los porcentajes anteriores ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 112 ter para los municipios considerados grandes urbes, debiendo entenderse a las provincias las referencias que dicho precepto realiza a los municipios.

Al igual que ocurre con los municipios (artículo 112 bis.3), las provincias y los entes asimilados no podrán asumir, en ningún caso, competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se les cede, así como tampoco en materia de revisión de los actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, cuya titularidad y ejercicio corresponde exclusivamente al Estado.

3.7.2.3. Cesión del IRPF

Se cede a cada una de las provincias y entes asimilados incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación el 0,9936 por ciento del rendimiento no cedido a las comunidades autónomas del IRPF producido en su territorio, definido en el apartado 1 del artículo 112 ter de la LHL. Las menciones que en este último artículo se realizan a los municipios, se entenderán hechas a las provincias y entes asimilados (artículo 125 ter.1 de la LHL).

Acerca de los puntos de conexión en el IRPF, se establecen las siguientes reglas:

a) Se considera producido en el territorio de una provincia o ente asimilado el rendimiento cedido del IRPF que corresponda a aquellos sujetos pasivos que tengan su residencia habitual en el mismo.

b) En cuanto a la regla general de determinación de la residencia habitual de las personas físicas, presunciones y normas aplicables en supuestos específicos se estará a lo dispuesto en los apartados 3 a 8 del artículo 113 de la LHL para la cesión del IRPF a los municipios considerados grandes urbes. Se entenderán realizadas a las pro-

vincias y entes asimilados las referencias que estos apartados incluyan a los municipios.

La determinación de las entregas a cuenta y de la liquidación definitiva de la cesión de rendimientos recaudatorios del IRPF para el ejercicio de 2004 se regula en el artículo 74 de la Ley de presupuestos para ese año, en términos por completo análogos a los establecidos para los municipios considerados grandes urbes en el artículo 66 de la misma ley.

3.7.2.4. Cesión del IVA

Se cede a cada una de las provincias y entes asimilados incluidos en el ámbito subjetivo del artículo 125 el 1,0538 por ciento del rendimiento no cedido a las comunidades autónomas del impuesto sobre el valor añadido que se impute producido en su territorio (artículo 125 quáter.1 de la LHL).

La imputación se lleva a cabo aplicando la fórmula desarrollada en los apartados 2 y 3 del mismo artículo 125 ter de la LHL: La imputación se determinará mediante la aplicación del índice de consumo territorial de la comunidad autónoma a la que pertenezca cada provincia y ente asimilado a la recaudación líquida que corresponda al Estado, en los términos del apartado 2 del artículo 112 ter para los municipios considerados grandes urbes, ponderando el resultado por la representatividad, en el ámbito de la respectiva comunidad autónoma, de la población de derecho de la provincia y ente asimilado, en los siguientes términos:

PIVAtp = 0,010538 x RLIVAt x ICti x (Ptp / Pti)

Representando:

–El término PIVAtp el importe del rendimiento del impuesto sobre el valor añadido cedido a la provincia p en el año t.

–El término RLIVAt la recaudación líquida por el impuesto sobre el valor añadido correspondiente al Estado en el año t, que no haya sido objeto de cesión a las comunidades autónomas.

–El término ICti el índice de consumo territorial certificado por el Instituto Nacional de Estadística y elaborado a efectos de la asignación del impuesto sobre el valor añadido por comunidades autónomas, determinado para la comunidad autónoma i a la que pertenece la provincia p, para el año t.

–Los términos Ptp y Pti las poblaciones de derecho de la provincia p y de la comunidad autónoma i, respectivamente, según la actualización del padrón municipal de habitantes vigente a 31 de diciembre del año t.

La determinación de las entregas a cuenta y de la liquidación definitiva de la cesión de rendimientos recaudatorios del IVA para el ejercicio de 2004 se regula en el artículo 75 de la Ley de presupuestos para ese año, en términos por completo análogos a los establecidos para los municipios considerados grandes urbes en el artículo 67 de la misma ley.

3.7.2.5. Cesión de los impuestos especiales sobre fabricación

Su regulación es igualmente análoga a los de la cesión a los municipios considerados grandes urbes.

Se cede a cada una de las provincias y entes asimilados incluidos en el ámbito subjetivo del artículo 125 el 1,2044 por ciento de los rendimientos no cedidos a las comunidades autónomas de los impuestos sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios, sobre el alcohol y bebidas derivadas, sobre hidrocarburos y sobre las labores de tabaco que se imputen producidos en su territorio.

Las reglas de imputación son diferentes según el tipo de impuesto especial cedido:

–Tratándose de los impuestos sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios y sobre el alcohol y bebidas derivadas, la imputación se determinará mediante la aplicación del índice de consumo territorial de la comunidad autónoma a la que pertenezca cada provincia a la recaudación líquida que corresponda al Estado, en los términos del apartado 2 del artículo 112 ter de la LHL, por cada uno de los impuestos especiales citados, ponderando el resultado por la representatividad, en el ámbito de la respectiva comunidad autónoma, de la población de derecho de la provincia.

El método de cálculo vendrá determinado por la siguiente formulación:

PIIEE(h)tp = 0,012044 x RL IIEE(h)t x ICti (h) x (Ptp/Pti)

Los términos de esta fórmula representan:

–El término PIIEE(h)tp el importe del rendimiento cedido por el impuesto especial h a la provincia p en el año t. Correspondiendo h a los impuestos a los que se refiere este apartado.

–El término RL IIEE(h)t la recaudación líquida por el impuesto especial h correspondiente al Estado en el año t, que no haya sido objeto de cesión a las comunidades autónomas.

–El término ICti (h) el índice de consumo territorial, certificado por el Instituto Nacional de Estadística, de la comunidad autónoma i a la que pertenece la provincia p, para el año t, y elaborado a efectos de la asignación del impuesto especial h por comunidades autónomas.

–Los términos Ptp y Pti las poblaciones de derecho de la provincia p y de la comunidad autónoma i, respectivamente, según la actualización del padrón municipal de habitantes vigente a 31 de diciembre del año t.

–Tratándose del impuesto sobre hidrocarburos, se considerará producido en el territorio de una provincia o ente asimilado el rendimiento cedido de dicho impuesto que corresponda al índice de las entregas de gasolinas, gasóleos y fuelóleos en dicho territorio, según datos del Ministerio de Economía, ponderadas por los correspondientes tipos impositivos.

–En el caso de impuesto sobre las labores del tabaco, se considerará producido en el territorio de una provincia o ente asimilado el rendimiento cedido de dicho impuesto que corresponda al índice de ventas a expendedurías de tabaco en dicho territorio, según datos del Comisionado para el Mercado de Tabacos, ponderadas por los correspondientes tipos impositivos.

–En el supuesto de que no estuvieren disponibles, en el ámbito provincial, los índices citados, se aplicará, en su caso, como método de determinación del rendimiento cedido a los municipios, la formulación recogida, considerando, a estos efectos, y según proceda, como índices de consumo los de entregas de gasolinas, gasóleos y fuelóleos o los de ventas a expendedurías de tabacos, correspondientes a las comunidades autónomas (artículo 125 quinquies de la LHL, añadido por el artículo 64.7 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

La determinación de las entregas a cuenta y de la liquidación definitiva de la cesión de rendimientos recaudatorios de los impuestos especiales sobre la fabricación para el ejercicio de 2004 se regula en los artículos 76 y 77 de la Ley de presupuestos para ese año, en términos por completo análogos a los establecidos para los municipios considerados grandes urbes en los artículos 68 y 69 de la misma ley.

3.7.3. Participación de las provincias en los tributos del Estado: Fondo Complementario de Financiación

3.7.3.1. Ámbito de aplicación

Coincide con el de la cesión de recaudación de impuestos del Estado que recoge el artículo 125 de la LHL (nuevo artículo 126 de la LHL).

3.7.3.2. Regla general

La participación en el Fondo Complementario de Financiación se determinará, para cada ejercicio y para cada provincia, aplicando un índice de evolución a la participación que le corresponda, por este concepto, en el año base del nuevo modelo, en los mismos términos establecidos para los municipios en el artículo 114 bis de la LHL (participación de los municipios considerados grandes urbes).

Al igual que ocurre con los municipios, también para las provincias y entes asimilados, se entenderá, a estos efectos, por año base el primero de aplicación de este modelo, es decir, el año 2004.

3.7.3.3. Año base

La participación en el Fondo Complementario de Financiación correspondiente al año base (2004) se calculará deduciendo el importe que resulte del bloque de participación definido de la participación total que resulte de incrementar la participación en tributos del Estado del año 2003 en el índice de evolución establecido para los municipios, todo ello en los mismos términos recogidos en el apartado 1 del artículo 114 ter de la LHL (municipios considerados grandes urbes).

La participación en tributos del Estado del año 2003 se entenderá a estos efectos en términos brutos, incluyendo, en relación con cada una de las entidades a las que se refiere esta sección, todos los elementos y considerando las particularidades a los que se hace referencia en la Ley de presupuestos generales del Estado para 2003.

3.7.3.4. Índice de evolución

Se determinará, en todo caso, por el incremento que experimenten los ingresos tributarios del Estado (ITE) entre el año al que corresponda la participación y el año base (2004), en idénticos términos a los definidos para los municipios considerados grandes urbes, en el artículo 114 quáter de la LHL.

3.7.3.5. Entregas a cuenta y liquidación definitiva en el ejercicio 2004

La determinación de las entregas a cuenta y de la liquidación definitiva de la participación en el Fondo Complementario de Financiación de las provincias y entes asimilados para el ejercicio de 2004 se regula en los artículos 78 y 79 de la Ley de presupuestos para ese año, en términos análogos a los establecidos para los municipios considerados grandes urbes en los artículos 72 y 73 de la misma ley.

3.7.4. Financiación de la asistencia sanitaria

La financiación con cargo al Estado de la asistencia sanitaria de las provincias y entes asimilados se regula en el nuevo artículo 126 quinquies de la LHL, en el que se sientan las siguientes reglas:

a) Los presupuestos generales del Estado incluirán un crédito para dar cobertura a las asignaciones destinadas a las entidades referidas en el artículo 126 de la LHL para el mantenimiento de sus centros sanitarios de carácter no psiquiátrico.

b) Estas cuantías se determinarán para cada ejercicio y para cada entidad aplicando el índice de evolución definido en el artículo 126 quáter de la LHL a la financiación que, por este concepto, les corresponda en el año base.

c) La participación de las precitadas entidades, correspondiente al año base, se determinará incrementando en dicho índice de evolución la participación en tributos del Estado que resulte a su favor en 2003 por este mismo concepto, determinada con arreglo a lo dispuesto en la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2003.

Para el ejercicio de 2004 rigen los artículos 80 y 81 de la Ley de presupuestos para dicho año: se asigna la cantidad de 449,47 millones de euros en concepto de entre-

gas a cuenta, abonadas mediante pagos mensuales equivalentes a la dozava parte. La liquidación definitiva se llevará a cabo conforme al artículo 126 quinquies.

3.7.5. Participación del resto de las provincias y entes asimilados

El ámbito subjetivo de la participación en los tributos del Estado del resto de las provincias y entes asimilados se define en sentido negativo: participarán en tributos del Estado con arreglo al modelo descrito en esta sección las entidades no incluidas en el artículo 125 (artículo 127 de la LHL).

Para determinar el importe de la participación se acude al sistema de índice de evolución a partir del año base (2004):

a) La participación de cada una de estas entidades, para cada ejercicio, se determinará aplicando un índice de evolución a la correspondiente al año base.

b) A estos efectos, el índice de evolución se determinará por el incremento que experimenten los ingresos tributarios del Estado entre el año al que corresponda la participación y el año base, en los términos del artículo 114 quáter de la LHL.

c) La participación de las precitadas entidades, correspondiente al año base, se determinará incrementando en dicho índice de evolución la participación en tributos del Estado que les corresponda en 2003 en concepto de financiación incondicionada, calculada según lo dispuesto en la Ley de presupuestos generales del Estado para 2003.

3.8. Otras normas de financiación de los entes locales

Los artículos 82 a 91 de la Ley de presupuestos para 2004 contienen otras diversas normas de financiación de las corporaciones locales, que nos limitaremos a sistematizar:

a) Regímenes especiales. Se regula la participación en los tributos del Estado de las siguientes entidades:

1) Territorios históricos del País Vasco y Navarra, con remisión al concierto y convenio económico (artículo 82).

2) Entidades locales de las Islas Canarias, con remisión al artículo 139 de la LHL (artículo 83).

3) Ciudades de Ceuta y de Melilla (artículo 84).

b) Compensaciones, subvenciones y ayudas. Se regulan las siguientes cuestiones:

1) Subvenciones a las entidades locales por servicios de transporte colectivo urbano, en cumplimiento de la disposición adicional 15.ª de la LHL (artículo 85).

2) Compensación a los ayuntamientos de los beneficios fiscales concedidos a las personas físicas o jurídicas en los tributos locales, conforme al artículo 9 de la LHL (artículo 86).

3) Otras subvenciones a las entidades locales: compensación equivalente al importe de las cuotas del actual impuesto de vehículos de tracción mecánica objeto de condonación en el año 2004, como consecuencia de la aplicación de los beneficios fiscales establecidos en el vigente Convenio de Cooperación para la Defensa con los Estados Unidos, de fecha 1 de diciembre de 1988, y ayuda de 4,26 millones de euros a la ciudad de Ceuta, destinada a compensar los costes de funcionamiento de la planta desalinizadora instalada en la ciudad para el abastecimiento de agua (artículo 87).

4) Anticipos a favor de los ayuntamientos por desfases en la gestión recaudatoria de los tributos locales (artículo 88).

c) Normas instrumentales. Se establecen las siguientes:

1) Normas de gestión presupuestaria de determinados créditos a favor de las entidades locales, relativos a compromiso de gastos con cargo al ejercicio de 2005 (artículo 89).

2) Información a suministrar por las corporaciones locales para proceder tanto a la liquidación definitiva de las participaciones de los ayuntamientos en los tributos del Estado, correspondiente a 2004, como a distribuir el crédito destinado a subvencionar la prestación de los servicios de transporte público colectivo urbano (artículo 90).

3) Retenciones a practicar a las entidades locales en aplicación de la disposición adicional 14.ª de la LHL, por deudas derivadas de tributos del Estado y cuotas de la Seguridad Social (artículo 91).

4. Compensación por pérdida de recaudación del IAE

La Ley 51/2002, de reforma de la LHL, entró en vigor el 1 de enero de 2003, cuatro días después de su publicación. Pero tal entrada en vigor se refiere únicamente a sus normas tributarias (capítulo I), porque el nuevo modelo de financiación (capítulo II) no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2004, y habrá de ser objeto de desarrollo anual por las leyes de presupuestos generales del Estado.

Este desfase entre la entrada en vigor de unas y otras normas provocó la mayor reacción municipal contra el proyecto de ley, que finalmente se solventó mediante la inclusión de la disposición adicional décima, donde se regulan las "compensaciones a favor de las entidades locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del impuesto sobre actividades económicas". La disposición consta de hasta siete apartados:[8]

8. Dicha disposición adicional décima procede de la Enmienda núm. 269 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), cuya justificación era la siguiente:

"En primer lugar, se pretende recoger en el texto de la Ley de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales el acuerdo entre el Gobierno y la FEMP para compensar la posible pérdida de recaudación

–Parte del principio de que el Estado compensará a las entidades locales por la pérdida de recaudación del IAE en el año de su entrada en vigor (2003). Se trata de una excepción a lo previsto en la disposición adicional tercera ("Beneficios fiscales"), del siguiente tenor: "A efectos de lo establecido en esta Ley, no será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 9 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se extenderá a aquellos supuestos de beneficios fiscales en relación con los cuales la normativa vigente sí prevé en la actualidad la realización de compensaciones económicas por parte del Estado."

–La pérdida compensable por IAE será la expresión de la diferencia entre la recaudación líquida del año 2003 y la recaudación líquida del año 2000, entendiendo por recaudación líquida la recaudación tanto del ejercicio corriente como de ejercicios cerrados. Pero para el cálculo de la recaudación líquida se deberán efectuar los ajustes que se señalan (no se incluirá liquidación derivada de las modificaciones incluidas en ordenanzas fiscales que hayan entrado en vigor con posterioridad al 1 de enero de 1999 que afecten a los coeficientes, índices y recargos regulados en los artículos 88, 89 y 124 de la LHL o el que le sustituye en la Ley 51/2002, ni tampoco la derivada de la distribución de la cuota nacional establecida en el epígrafe 761.2, "Servicio de telefonía móvil").

–El importe de dicha compensación, minorado en la recaudación líquida del epígrafe 761.2, "Servicio de telefonía móvil", se consolidará en el modelo de participación de las mismas en los tributos del Estado definido en la Ley 51/2002, en la forma que se detalla.

–En el último trimestre del año 2003 se efectuarán anticipos a cuenta de la previsible merma de recaudación, calculándolo el Ministerio de Hacienda su importe tomando como base la matrícula del impuesto del año 2000 y un avance de la matrícula del año 2003, considerando los contribuyentes susceptibles de ser declarados exentos, los coeficientes, índices y recargos aplicables sobre las cuotas mínimas de la tarifa del impuesto y los ajustes señalados.

–Durante el año 2004 el Ministerio de Hacienda, tomando como base los importes certificados por el interventor local o, en su caso, por el órgano competente que tenga atribuida la gestión recaudatoria de este tributo, ajustados según lo señalado, procederá a calcular el importe de la compensación definitiva de cada entidad local y efectuará la liquidación de los anticipos a cuenta. Se entenderá que las entidades locales que incumplan los plazos preclusivos que señale el Ministerio de Hacienda para la remisión de la información renuncian a la percepción del anticipo a cuenta o de la propia compensación.

–La Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2004 determinará el procedimiento de cancelación, con cargo a la participación de los entes locales en los tributos del Estado, de los saldos deudores resultantes de la liquidación de las entregas a cuenta. El Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial, podrá realizar las actuaciones y comprobaciones necesarias para la gestión y el pago de estas compensaciones, pudiendo dictar las instrucciones precisas al efecto y fijar procedimientos normalizados de transmisión de la información tributaria y presupuestaria relativa al IAE.

Para el desarrollo de la habilitación de la disposición adicional décima de la Ley 51/2002 han de tenerse en cuenta:

A) La Orden HAC/3154/2003, de 12 de noviembre, por la que se establece el plazo de remisión de información para el cálculo de la liquidación definitiva de la compensación a favor de las entidades locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del impuesto sobre actividades económicas (BOE de 14 de noviembre de 2003).[9]

que se produzca en el sector local como consecuencia de la reforma del IAE.

"En segundo lugar, se definen los procedimientos de cálculo de la compensación, de los anticipos a cuente. de dicha compensación y su liquidación y de los efectos de la misma.

"En tercer lugar, al haberse acordado que la compensación se consolidará de cara a la financiación de ayos sucesivos, se fijan los puntos de conexión con el modelo de participación en los tributos del Estado que se recoge en la ley.

"Con objeto de dotar al nuevo modelo de un carácter estable y evitar incertidumbres se habilita al Ministerio de Hacienda para que pueda fijar plazos preclusivos de forma que el modelo no quede abierto a la espera de que alguna entidad local remita la información precisa para el cálculo de las compensaciones.

"Finalmente, se habilita al Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial, para que regule los aspectos formales y materiales del proceso de compensación: contenido y modelo de certificaciones, método de remisión de datos, comprobaciones, etcétera."

9. Es del siguiente tenor:

"La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales, introdujo modificaciones sustanciales en la configuración del impuesto sobre actividades económicas que, en síntesis, afectaron a la fijación de las bonificaciones y de las exenciones, incluyendo en éstas a la mayor parte de los pequeños y medianos negocios; al establecimiento, atendiendo al importe neto de la cifra de negocios, de coeficientes multiplicadores aplicables sobre las cuotas municipales, provinciales y nacionales fijadas en las tarifas del impuesto; a la definición de coeficientes de situación de los locales, dentro de cada término municipal, y que vienen a sustituir a los anteriores coeficientes de población e índices de situación.

"Siendo objetivo fundamental de la mencionada ley de reforma contribuir de manera decidida a la consecución de la suficiencia financiera de las entidades locales, la propia norma incluyó una disposición adicional, la décima, que establecía una compensación a favor de estas entidades por las posibles pérdidas de ingresos que se derivasen de la reforma de aquel impuesto.

"Esta disposición era la plasmación de los acuerdos adoptados con fecha 21 de noviembre de 2002 entre el Gobierno y la Federación Española de Municipios y Provincias.

Además de los principios generales de cálculo y los ajustes pertinentes, aquella norma establece la potestad del Ministerio de Hacienda para fijar plazos preclusivos de remisión de la información precisa tanto para el cálculo de las entregas a cuenta como de la liquidación definitiva de la mencionada compensación.

B) La Resolución de 19 de noviembre de 2003, de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, por la que se establece la base de cálculo del anticipo a cuenta de la liquidación definitiva de la compensación a favor de las entidades locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del impuesto sobre actividades económicas (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 2003).[10]

C) La Resolución de 24 de noviembre de 2003, de la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial, por la que se desarrolla el procedimiento de compensación a favor de las entidades locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del impuesto sobre actividades económicas (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003; corrección de errores en BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003).[11]

Por otra parte, las leyes de presupuestos y de medidas para el año 2004 han incidido en esta compensación:

I) La disposición adicional vigésima sexta de la Ley de presupuestos para el año 2004 se refiere a la "Compen-

"Considerando que el cálculo de los anticipos a cuenta se realizará de oficio en el ámbito de este Ministerio, y que el plazo, para ello, está fijado en el apartado 4 de la propia disposición adicional, esta orden hace referencia exclusiva al establecimiento del plazo para la remisión de información previa a la cuantificación definitiva de la compensación.

"En consecuencia, y en virtud de la autorización del apartado 5 de la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales y de acuerdo con el Consejo de Estado, vengo a disponer:

"Apartado 1. Plazos de remisión de la información para el cálculo de la compensación definitiva.

"El montante definitivo de la compensación a favor de las entidades locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del impuesto sobre actividades económicas a la que se refiere la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales, se calculará a instancia de las entidades locales afectadas, para lo que éstas deberán presentar dentro de los dos primeros meses de 2004 la correspondiente solicitud y la documentación adicional precisa, que, mediante resolución, establezca la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial.

"Apartado 2. Delegación.

"Los ayuntamientos que tengan encomendada la gestión recaudatoria del impuesto sobre actividades económicas a otra entidad local supramunicipal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, podrán, mediante acuerdo plenario, delegar en esta última la solicitud de la compensación.

"Apartado 3. Requisitos.

"En todo caso, la solicitud y la documentación adicional deberán ajustarse al contenido que, mediante resolución, se establezca por la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial. Disposición final primera. Vigencia.

"La presente orden tendrá vigencia exclusiva para la compensación a favor de las entidades locales, motivada por pérdidas de ingresos derivada de la reforma del impuesto sobre actividades económicas, correspondientes al año 2003.

"Disposición final segunda. Entrada en vigor.

"La presente orden entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*."

10. Es del siguiente tenor:

"La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales introdujo modificaciones sustanciales en la configuración del impuesto sobre actividades económicas que, en síntesis, afectaron a la fijación de las bonificaciones y de las exenciones, incluyendo en éstas a la mayor parte de los pequeños y medianos negocios; al establecimiento, atendiendo al importe neto de la cifra de negocios, de coeficientes multiplicadores aplicables sobre las cuotas municipales, provinciales y nacionales fijadas en las tarifas del impuesto; a la definición de coeficientes de situación de los locales, dentro de cada término municipal, y que vienen a sustituir a los anteriores coeficientes de población e índices de situación.

"Siendo objetivo fundamental de la mencionada ley de reforma contribuir de manera decidida a la consecución de la suficiencia financiera de las entidades locales, la propia norma incluyó una disposición adicional, la décima, que establecía una compensación a favor de estas entidades por las posibles pérdidas de ingresos que se derivasen de la reforma de aquel impuesto.

"Esta disposición es la plasmación de los Acuerdos adoptados con fecha 21 de noviembre de 2002 entre el Gobierno y la Federación Española de Municipios y Provincias.

"Considerando que el cálculo de los anticipos a cuenta se realizará de oficio en el ámbito de este Ministerio, y que el plazo, para ello, está fijado en el apartado 4 de la propia disposición adicional, esta Resolución hace referencia exclusiva a la base de cálculo del anticipo a cuenta.

"En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales, dispongo:

"Único. Base de cálculo de los anticipos a cuenta de la compensación definitiva.

"Con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales, por la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial, en el ámbito del Ministerio de Hacienda, se realizarán, de oficio, estimaciones de las posibles pérdidas de recaudación de las entidades locales como consecuencia de la reforma del impuesto sobre actividades económicas.

"Para el cálculo del anticipo a cuenta se utilizará como base la pérdida de recaudación estimada para el ejercicio de 2003 respecto de la real, o, en su defecto, estimada, para el ejercicio 2000.

"A estos efectos, se considerará como recaudación real la que, deducida de la liquidación del presupuesto de cada entidad local correspondiente al ejercicio 2000, figure en la base de datos de la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial.

"Las recaudaciones estimadas para cada uno de los mencionados ejercicios se determinarán con arreglo a las matrículas del impuesto citado, correspondientes a los ejercicios de referencia, y de acuerdo con las instrucciones que, mediante resolución, dicte la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial."

11. Su preámbulo es del siguiente tenor:

"La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales introdujo modificaciones sustanciales en la configuración del impuesto sobre actividades económicas que, en síntesis, afectaron a la fijación de las bonificaciones y de las exenciones, incluyendo en éstas a la mayor parte de los pequeños y medianos negocios; al establecimiento, atendiendo al importe neto de la cifra de negocios, de coeficientes multiplicadores aplicables sobre las cuotas municipales, provinciales y nacionales fijadas en las tarifas del impuesto; a la definición de coeficientes de situación de los locales, dentro de cada término municipal, y que vienen a sustituir a los anteriores coeficientes de población e índices de situación.

"Siendo objetivo fundamental de la mencionada Ley de reforma contribuir de manera decidida a la consecución de la suficiencia financiera de las entidades locales, la propia norma incluyó una disposición adicional, la décima, que establecía una compensación a favor de estas entidades por las posibles pérdidas de ingresos que se derivasen de la reforma de aquel impuesto.

"Esta disposición era la plasmación de los acuerdos adoptados con fecha 21 de noviembre de 2002 entre el Gobierno y la Federación Española de Municipios y Provincias.

"Teniendo en cuenta que dicha norma recoge los principios generales de cálculo y los ajustes pertinentes para cuantificar la compensación, esta resolución centra su finalidad en dotar de una mayor transparencia al procedimiento administrativo que se va a desarrollar, a través de dos elementos básicos: la definición detallada de elementos determinantes de la compensación y la fijación de las actuaciones administrativas previas que deberán conducir al reconocimiento de la misma a favor de las entidades locales.

"Para ello, esta resolución presenta una estructura en la que se establece el ámbito subjetivo de la compensación, la definición de los anticipos a cuenta y el método de estimación de las recaudaciones que, a estos efectos,

sación por posibles pérdidas de ingresos para las entidades locales, derivadas de la reforma del impuesto sobre actividades económicas introducida por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre", estableciendo la posibilidad de modificación cuando se produzca una reducción sustancial de los porcentajes de recaudación obtenida en el año 2003.[12]

II) El artículo 65 de la Ley de medidas modifica el párrafo segundo del apartado 2 de la disposición adicional décima de la Ley 51/2002,[13] modificación en la que, además de corregirse la errata referida al artículo 27 de la propia Ley 51/2002 (en el texto originario se decía, erróneamente, artículo 25), se altera la fecha de entrada en vigor de las modificaciones, que ahora es el 31 de diciembre de 1998, frente al 31 de diciembre de 1999 del texto originario.

III) Por fin, el apartado dos del artículo 64 de la Ley de presupuestos para 2004 hace referencia a la liquidación definitiva de la misma compensación, mientras que el apartado tres del mismo precepto regula el reembolso de los eventuales saldos deudores.[14]

se deberá seguir, para concluir con el procedimiento liquidatorio de estos anticipos, que se deberá desarrollar el próximo ejercicio de 2004.

"En consecuencia, y en virtud del mandato del apartado 7 de aquella disposición adicional, vengo a disponer."

La resolución consta de los siguientes apartados:

1. Ámbito subjetivo.

2. Anticipo a cuenta: competencia y definición.

3. Estimación de la recaudación del impuesto sobre actividades económicas, correspondiente al período impositivo de 2000, a efectos del anticipo a cuenta.

4. Estimación de la recaudación del impuesto sobre actividades económicas, correspondiente al período impositivo de 2003, a efectos del anticipo a cuenta.

5. Liquidación definitiva: solicitud y criterios de cálculo.

6. Recaudación del impuesto sobre actividades económicas, a efectos de la liquidación definitiva.

7. Liquidación definitiva: suministro de información y comprobación.

8. Liquidación definitiva: comunicación.

12. Dice así:

"Para el cálculo de la compensación aprobada mediante la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, en el supuesto de que se produzca una reducción sustancial en los porcentajes de recaudación obtenida en el año 2003, y previa audiencia de la entidad local, se podrá aplicar, sobre el montante de los derechos liquidados en aquel ejercicio, el porcentaje de recaudación que, por el impuesto sobre actividades económicas, hubiere obtenido aquélla en el último ejercicio conocido por la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial.

"Se considerará reducción sustancial en los porcentajes de recaudación sobre los derechos liquidados, correspondientes al ejercicio 2003 para cada entidad local, la diferencia superior en más de 10 puntos porcentuales en relación con el ejercicio de referencia definido en el párrafo anterior."

13. Queda redactado así:

"En la recaudación líquida no se incluirá la derivada de las modificaciones incluidas en ordenanzas fiscales que hayan entrado en vigor con posterioridad al 31 de diciembre de 1998 que afecten a los coeficientes, índices y recargos regulados en los artículos 88, 89 y 124 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, en la redacción anterior a la entrada en vigor de esta ley, o que establezcan, conforme a lo regulado en el citado artículo 88 según la redacción dada por el artículo 27 de esta ley, un coeficiente inferior al que resulte de multiplicar, en cada caso, el coeficiente y el índice vigentes con anterioridad al 1 de enero de 1999 que vayan a sustituir."

14. Son del siguiente tenor:

"Dos. La liquidación definitiva de la compensación por pérdidas de ingresos derivadas de la reforma del impuesto sobre actividades económicas se deberá realizar en los términos de la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las haciendas locales y de las normas que se hubieren dictado para su desarrollo.

"Tres. Los saldos deudores que se pudieran derivar de las liquidaciones a las que se refieren los apartados anteriores serán reembolsados por las corporaciones locales afectadas mediante compensación con cargo a las entregas a cuenta que, en concepto de participación en los tributos del Estado definida en la sección tercera y en la subsección primera de la sección quinta de este capítulo, se perciban con posterioridad a la mencionada liquidación, en un período máximo de tres años, mediante retenciones trimestrales equivalentes al 25 por ciento de una entrega mensual, salvo que, aplicando este criterio, se exceda el plazo señalado, en cuyo caso se ajustará la frecuencia y la cuantía de las retenciones correspondientes al objeto de que no se produzca esta situación."

ESTUDIOS

QDL

Las competencias en materia de medio ambiente de las corporaciones locales

Javier López Candela
Presidente de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

1. Introducción. Los problemas del Derecho medioambiental.
2. El medio ambiente. Las previsiones constitucionales sobre la materia.
3. Las competencias locales en materia de medio ambiente.
4. Las potestades de los entes locales en materia medioambiental.
4.1. La potestad normativa de las corporaciones locales. 4.2. La potestad sancionadora de los entes locales. 4.3. La potestad planificadora de la Administración local. 4.4. La potestad tributaria de las corporaciones locales en el ámbito medioambiental.
5. Las técnicas de intervención administrativa de los entes locales en el ámbito del medio ambiente.
5.1. La política de fomento o estímulo a favor de la protección medioambiental. 5.2. El régimen de policía ambiental. 5.3. Competencias y servicios prestados por los entes locales. 5.3.1. Suministro de agua. 5.3.2. Alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. 5.3.3. Protección del medio ambiente atmosférico. 5.3.4. Recogida y tratamiento de residuos. 5.3.5. La protección medioambiental del suelo en el ámbito del urbanismo. 5.3.6. Actividades clasificadas y autonomía local. 5.3.7. La protección frente al ruido. 5.3.8. La protección frente a las inmisiones derivadas de las telecomunicaciones. 5.4. El incumplimiento de la actividad prestacional municipal en el ámbito del medio ambiente.
6. El futuro papel de la Administración local supramunicipal.

1. Introducción. Los problemas del Derecho medioambiental

El análisis desde el punto de vista jurídico de esa realidad indiscutible, como es la de la preocupación manifiesta en nuestra sociedad y allende nuestras fronteras por la protección del medioambiente, uno de los verdaderos temas de nuestro tiempo, nos aboca a un verdadero estado de incertidumbre y continuo análisis. En primer lugar, por el carácter interdisciplinar que presenta el Derecho ambiental, en la medida en que uno de sus objetivos es analizar las formas de aparición de la agresión ambiental, así como la respuesta, preventiva o represiva, que ha de dar el ordenamiento jurídico, lo que puede ser abordado desde diferentes perspectivas. Y así hemos de reconocer que además de las respuestas que puede ofrecer el Derecho penal, o el Derecho civil, aun éste en menor medida, no podemos obviar que es el Derecho administrativo, principalmente, pero no exclusivamente (sin olvidar tampoco el Derecho tributario, comunitario y laboral, éste de forma muy residual) el que ocupa un papel primordial en la mentada finalidad de protección del medio ambiente, por lo que las limitaciones y complejidades de aquél necesariamente han de influir sobre el mentado Derecho ambiental.

Mas lo cierto es que en ésta última disciplina, que nos llega de modo más directo, los problemas que se ofrecen al operador jurídico no son pocos. En primer lugar, nos referiremos a la continua legislación y reglamentación motorizada que en pocos días, y salvo ciertas salvedades, convierten en historia regulaciones pensadas con clara vocación de permanencia. Por otro lado, se hace preciso un estudio mayormente sistemático, abstracto y de conjunto en esta disciplina, partiendo de la base, como se ha dicho, del reiterado carácter transversal que tiene esta materia, la cual suele ser frecuentemente mayormente abordada desde el punto de vista sectorial, hallándose huérfana, por tanto, de principios generales del Derecho ambiental comúnmente aceptados y que gocen de cierta pretensión de validez, generalidad y abstracción. En efecto, basta comprobar los estudios existentes sobre la materia para darse cuenta, con importantes excepciones, no obstante, que dichas exposiciones se centran ante todo en el estudio de las regulaciones sectoriales que inciden en el medio ambiente, pero falta la reafirmación de instituciones concretas y propias del Derecho administrativo general e inducidas, a su vez, de la confrontación con la mentada regulación sectorial que permitan afrontar el estudio de ésta con la debida coordinación y coherencia de contenidos.

En segundo lugar, tampoco podemos obviar las singularidades del Derecho medioambiental, que obliga a avanzar y profundizar en el estudio de las instituciones clásicas del Derecho administrativo, haciendo preciso acoger nuevas consideraciones de índole dogmática, como luego veremos, al objeto de dar respuesta a los problemas que plantea el Derecho medioambiental.

Y lo cierto es que el Derecho ambiental ha dado origen a una prolija regulación legislativa y reglamentaria, estatal, autonómica y comunitaria, e incluso local, obligando al operador jurídico a realizar una precisa y necesaria ordenación normativa, que se presenta como tarea no fácil, antes bien, de perfiles complejos y de necesaria precisión. El tiempo, ante todo, dirá si esa prolija regulación no justificaría una promulgación de un código general del medio ambiente, o al menos de sus principios básicos.

2. El medio ambiente. Las previsiones constitucionales sobre la materia

Como bien dice el profesor Martín Mateo,[1] la idea de medioambiente se debe enmarcar en la noción de calidad de vida; mas este concepto tiene un contenido que desborda propiamente el estudio del Derecho ambiental, pues aquél va ligado a la noción de mejora de la felicidad o de las condiciones de vida de los ciudadanos, incluido en lo referente a la protección de los derechos fundamentales, pues en última instancia puede invocar la idea de felicidad o bienestar, que, por otro lado, también puede ser causa de lesión del medio ambiente. En consecuencia, la protección del medio ambiente ha de ir referida al *marco físico de la existencia humana*, garantizando las condiciones mínimas que debe tener, así como consiguiendo un incremento de dicho bienestar a partir del enriquecimiento o regeneración de dicho entorno físico. En todo caso, para determinar qué se entiende por medio ambiente no estaría de más recordar la doctrina de Tribunal Constitucional de fecha 26 de junio de 1995, núm. 102, que establece, además, un elenco de lo que constituyen los recursos naturales. Y así se define a aquél como "la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan la el ámbito y las condiciones de vida, reales o idóneas de las personas y de las sociedades". Me parece muy oportuno, en todo caso, la idea plasmada por Betancor[2] de definir al medio ambiente como el sistema interrelacionado de todos los

1. MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho ambiental,* vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1992, pág. 100 y ss. Este concepto estricto de medio ambiente es seguido por también por López Ramón y Quintana López; en contra, y a favor de un concepto amplio, que engloba al ambiente social y cultural, Martín Rebollo, Pérez Moreno, Trenzado Ruiz y Gálvez Montes.

2. BETANCOR RODRÍGUEZ, R. *Instituciones de Derecho ambiental*, Madrid, 2001, Ed. La Ley, pág. 369.

recursos naturales que serían los elementos integrantes de aquél.

La Constitución española de 1978, sensible a dicho tema por el contexto de su promulgación, y después de referirse en el preámbulo a la idea de asegurar una digna calidad de vida mediante el progreso de la cultura y la economía,[3] alude a la protección del medio ambiente en el artículo 45.2 obligando a "los poderes públicos a que velen por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida". Tal precepto basa su existencia en las aportaciones del constitucionalismo europeo de los años 70, como el artículo 66 de la Constitución portuguesa de 1976, la griega de 1975 (artículo 24), o la suiza de 1971 (artículo 24). Pero de la redacción constitucional y de la interpretación que ha hecho nuestro máximo intérprete puede concluirse, sin ánimo de ser exhaustivo:

a) Que la Constitución española no ha optado por la prevalencia de un concreto bien jurídico, protección del medio ambiente o desarrollo económico derivado de la utilización racional de los recursos naturales; ello dependería del desarrollo legislativo dado en cada sector del ordenamiento (STC de 4 de noviembre de 1982, núm. 64). En todo caso, considera que una protección excesiva del medio ambiente en detrimento de recursos naturales esenciales –como los de la sección C) y D) de la legislación minera cuya actividad extractiva prohibía la Ley catalana 12/1981–, es inconstitucional y contrario al artículo 128.1 de la CE. Con posterioridad el Tribunal Constitucional utilizará una expresión más adecuada para referirse a este conflicto de bienes jurídicos utilizando la expresión de "desarrollo sostenible" (STC 102/1995, de 26 de junio). En consecuencia, no existe por ello un derecho absoluto a la calidad de vida. Pero a mi modo de ver, no quiere ello decir que el artículo 45 de la CE sea un precepto ambiguo, inexpresivo o que utilice un concepto confuso de calidad de vida.[4] También son destacables las sentencias 64/1982 y 102/1995, de 26 de junio, en cuanto alude al *carácter complejo, transversal y multidisciplinar* que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente.

b) Que el derecho al disfrute del medio ambiente no constituye en el Derecho español un derecho fundamental es opinión casi unánime en nuestra doctrina, frente a quien minoritariamente lo considera como un derecho fundamental ligado a los derechos de la personalidad, de la propiedad o de la salud, y ello en la línea de las aportaciones de la doctrina y jurisprudencia italiana y alemana, ante el silencio de sus constituciones. Antes bien, su naturaleza de principio rector (artículo 53.3 de la CE) obliga a abandonar cualquier configuración basada sobre la idea de derecho subjetivo,[5] al margen de la admisibilidad de la acción popular sobre la que luego volveremos, y sin perjuicio de que tampoco podemos dejar vacío de contenido el aludido "derecho" a disfrutar de un medio ambiente adecuado del artículo 45 de la CE, el cual se complementa con el deber de los poderes públicos de protegerlo, velar por la utilización racional de los recurso naturales y mejorar la calidad de vida. En todo caso, es evidente que dicho precepto tiene una clara virtualidad, pues es un canon de constitucionalidad de las normas y actúa como límite de otros derechos o bienes constitucionales, como el de propiedad, STC 170/1989, actividad empresarial (STS de 7 de noviembre de 1990), o para declarar bienes de dominio público (STC 227/1988). A mi modo de ver, el artículo 45 de la CE lo que viene a hacer es consagrar un derecho *in itinere*, en formación, que precisa de una ley, no ya para su configuración, sino para determinar su existencia, por carecer de un contenido esencial, pero con una clara vocación subjetiva. En consecuencia, una vez desarrollado legalmente, y sólo en este momento, puede permitirse su invocación a nivel judicial, pudiendo incluso servir para imponer a la Administración por aquella vía órdenes concretas de constitución en caso de inactividad. Con lo dicho se demuestra que el citado precepto es una directiva dirigida al legislador con efectos vinculantes, y que, una vez reconocido legalmente, despliega toda su eficacia frente a la Administración competente, como pueda ser la municipal, en los términos legalmente previstos. Y esta interpretación lo ratifica el debate constitucional, en el que mediante una enmienda en el Senado se eliminó la referencia a que "la ley regulará los procedimientos para el ejercicio de aquel derecho y el cumplimiento de este deber", redacción que si se eliminó fue por considerarla ociosa.[6]

3. Lo cual puede ser contradictorio, al menos respecto del progreso de la economía, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC 64/1982, de 4 de noviembre), convirtiéndose medioambiente y desarrollo en bienes jurídicos frecuentemente contradictorios.

4. Así lo entiende MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pág. 108 y ss.

5. Así MARTÍN MATEO, R., *op. cit.*, pág. 145, al que siguen DOMPER FERRANDO, J., *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, pág. 105, Ed. Civitas, Madrid, 1992, y MARTÍN RETORTILLO, L., "Administración local y medio ambiente", pág. 31, en *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, GÁLVEZ, J., "Comentarios a la CE", artículo 45, dirigidos por GARRIDO FALLA, F., Madrid, 1985, pág. 590. En contra, PAREJO ALFONSO, L., "El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración pública", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, pág. 378 y ss., en la obra *La protección jurisdiccional del medio ambiente*, CGPJ, Madrid, 2001. DELGADO PIQUERAS, F., "Régimen jurídico del Derecho constitucional al medio ambiente", en REDC núm. 38, pág. 53, y JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 347 y ss., que lo conciben como derecho subjetivo, aunque discrepen de su calificación.

6. En este sentido, LÓPEZ MENUDO, F., "El planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-comunidades autónomas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, en el número monográfico sobre *Protección administrativa del medio ambiente*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 30.

En cuanto al reparto constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, y considerando que el estudio exhaustivo de esta materia es ajeno al objeto de esta ponencia, hemos de partir del contenido del artículo 149.1.23 de la CE, por el que se otorga al Estado competencia exclusiva en materia de "legislación básica sobre medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas para establecer normas adicionales de protección". Por otro lado, el artículo 148.1.9 otorga competencia a las comunidades autónomas respecto de "gestión en materia de protección de medio ambiente". Pues bien, la realidad posconstitucional, derivada de los estatutos de autonomía y de la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional, ha demostrado que las comunidades autónomas en su origen siguieron trayectorias distintas: así, frente a comunidades autónomas que han previsto competencias no sólo en materia de ejecución sino también de desarrollo de la legislación básica sobre la base de las normas adicionales de protección (Cataluña, Andalucía, País Vasco...) hasta las que sólo han asumido competencias en materia de ejecución (Asturias, Cantabria, Murcia). Sin embargo, esta situación terminó con la Ley orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la CE de la facultad legislativa para dictar normas adicionales de protección.

Conviene tener en cuenta que habrá que estar a los títulos singulares previstos en la Constitución española con carácter previo al título específico en materia medioambiental[7] para determinar el reparto competencial concreto entre Estado y comunidades autónomas. Pero lo que es importante retener, en todo caso, es que la competencia autonómica tiene por objeto fijar normas adicionales de protección, lo que supone que deberán contener un régimen de protección, en su caso, mayor que el Estado, pero no un nivel inferior, pues ello significaría vulnerar dicha legislación básica, siendo así que el desarrollo de dicha legislación básica puede tener lugar mediante normas de rango legal o reglamentario, mientras que respecto de la competencia del Estado para fijar dicha legislación básica es precisa la aprobación de normas con rango de ley, aunque ya sabemos que según el Tribunal Constitucional pueden tener también rango reglamentario cuando se traten del complemento indispensable de aquélla, lo que en el caso del medio ambiente ocurrirá con frecuencia por el carácter técnico que tiene tal normativa. Es preciso, por tanto, destacar que aquí el concepto de legislación básica juega de una manera especial y diferente que en el resto de las materias previstas en el artículo 149 de la CE, toda vez que ya no se trata de fijar una normativa que constituya denominador común para todas las comunidades autónomas, sino de fijar una legislación de mínimos de fines, por tanto, claramente garantistas o proteccionistas (STC 170/1989, de 19 de octubre), mientras que la legislación autonómica lo que pretendería es reforzar y complementar dicha protección. No obstante lo dicho, el Tribunal Constitucional, llevado por una orientación desmedida de este principio entendió que la legislación del Estado dictada en materia de medio ambiente podía servir para agotar la regulación existente sobre una materia a diferencia del resto de la legislación básica que contempla los demás títulos competenciales que prevé la Constitución española en el artículo 149 de la CE (STC 149/1991, de 4 de julio), lo que, sin embargo, sería desvirtuado por otra STC, la 102/1995, de 26 de junio, que en este punto rompería la línea anterior representada por la STC 149/1991.

También es destacable la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del carácter territorial del ejercicio de las competencias autonómicas en materia de medio ambiente, lo cual no es una obviedad, dado que no le es permitido a una comunidad autónoma como ocurría en el supuesto de la STC 329/1993, de 12 de noviembre, en la que se establece que las facultades ejecutivas de la Generalidad de Cataluña se circunscriben y han de ejercerse dentro del terrotorio de Cataluña y, por ello, no pueden alcanzar a industrias o actividades colocadas fuera del territorio de la comunidad autónoma, aunque produzcan efectos contaminantes dentro del territorio.

Por último, también destacaremos, como ha reflejado nuestro máximo intérprete constitucional (STC 102/1995, de 26 de junio), que no todas las competencias en materia de medio ambiente se resuelven con la previsión de los citados preceptos, siendo preciso interpretar los demás títulos competenciales contemplados en la Constitución española y estatutos de autonomía, así v. g. en materia de espacios naturales protegidos, destacándose de dicha sentencia la necesidad de que las comunidades autónomas intervengan en la gestión de dichos parques nacionales, toda vez que la gestión en exclusividad otorgada al Estado según el artículo 22.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de espacios naturales, es contraria a la Constitución española.

3. Las competencias locales en materia de medio ambiente

A la hora de referirse al estudio de las competencias locales en materia de medio ambiente, el profesor Muñoz Machado[8] ha indicado que en un primer momento las corporaciones locales eran quienes habían asumido

7. Así lo entiende MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las comunidades autónomas*, pág. 557.

8. MUÑOZ MACHADO, S. "La distribución de competencias entre el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales en materia de

las competencias en materia medioambiental, sobre la base de una incipiente normativa de contenido sanitario. Sin embargo, desde un primer momento los intentos del Estado dirigidos a asumir competencias sobre la materia arrancaron con la Instrucción de Javier de Burgos de 1834, siguiendo por la Ley de sanidad de 28 de noviembre de 1855, o la Instrucción general de sanidad de 12 de enero de 1904, así como sobre la base de los órganos que han de ejercer las competencias locales, pues tendrán el carácter de agentes estatales, como era el caso de los inspectores sanitarios, y continuando con los reglamentos municipales de sanidad de 9 de febrero de 1925 y de 17 de noviembre de 1925 de industrias incómodas, insalubres y peligrosas, y ello a pesar de las competencias medioambientales recogidas en la LRL de 1955 a favor de los entes locales (artículo 101 y 242). Sin embargo, ésta no ha sido la línea seguida de forma definitiva. Conviene recordar que la Declaración de San Martín de los Andes reconocía los derechos y responsabilidades municipales en materia de gestión medioambiental (así, en el primer principio alude a la intervención en los procesos de formación de políticas ejercidas por otras autoridades). El reconocimiento de la autonomía de las corporaciones locales en los artículos 137, 140 y 141 de la CE, aun cuando estos no contuviesen otorgamiento competencial alguno, no quiso decir que aquélla quedase al albur de los criterios de oportunidad fijados por el Estado o las comunidades autónomas, aunque sí estaban facultados para delimitar el *quantum* de dicha autonomía. Así, el Tribunal Constitucional acogió de su homólogo alemán la noción de garantía constitucional o "institucional", que supondría el reconocimiento constitucional de su existencia mediante el otorgamiento de una autonomía no meramente nominal, sino dotada del suficiente contenido que permitiera a aquélla ser claramente recognoscible (STC de 2 de febrero de 1981 y de 28 de julio de 1981). De esta concepción se hizo eco el artículo 2 en relación con el artículo 25 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, que sienta la autonomía local sobre la base del trinomio interés local-competencias suficientes-autonomía. En efecto, el interés o el fin local es el substrato necesario que determina que las corporaciones locales deban intervenir en aquellos asuntos que les afecten (causa),[9] para lo cual se han de otorgar las competencias necesarias (medio), siendo la necesidad de dar efectividad a la autonomía garantizada el resultado o fin pretendido. A este esquema habría que añadir la noción de "capacidad de gestión", que puede explicarse de formas diversas, pero, en todo caso, sobre dos vertientes: una negativa, no se puede gestionar, lo que técnica o económicamente no es posible; y otra en positivo, las corporaciones locales deberían prestar aquello para lo que estén más capacitadas en relación con otras administraciones públicas, por las aludidas razones de mayor proximidad de la gestión a los ciudadanos (artículo 2 *in fine* de la LBRL, artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985), de modo que consigan gestionar una parte importante de los asuntos públicos (artículo 3.1 de la Carta Europea).

En todo caso, contemplando el artículo 25 de la LBRL se observa la utilización de una técnica de reenvío basada en la obligada asignación de competencias ejercidas en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas,[10] lo que ha de explicarse bajo el obligado entendimiento de que dicho artículo 25.2 está refiriéndose a la vez a materias y a competencias, de modo que la materia engloba diversas competencias susceptibles de atribución a diversas administraciones públicas, y por tanto nos encontraremos con que será la legislación estatal o autonómica la que determine las competencias que atañen al municipio (STC 214/1989), que se otorgan, por tal determinación, con exclusividad a éste, adquiriendo por ello un título competencial concreto. En este sentido, he de decir que no comparto la tesis defendida por Fernández Figueroa[11] cuando considera que la "capacidad o legitimación" alude a falta de atribución específica de una materia, o que competencia es la capacidad para obrar válidamente y revestida de potestad en un determinado ámbito. A mi modo de ver, además de ser tal consideración, en cierto modo, contradictoria, la idea de capacidad es un tanto extraña al Derecho administrativo como no se refiera a la posibilidad material de ejercer una competencia, pues el punto de partida debe ser el si-

medio ambiente". *Documentación Administrativa* núm. 190/1981, pág. 357 y ss. Dicho autor, además, postula, siguiendo las pautas del Derecho comparado, un mayor centralismo estatal en detrimento de las corporaciones locales, considerando que éstas están abocadas a desempeñar un menor protagonismo (pág. 378 y ss.). En contra, LÓPEZ BUSTOS, F. L., *La organización administrativa del medio ambiente*, Ed. Civitas, pág. 94, que reconoce un especial protagonismo municipal para resolver la mayor parte de los problemas medioambientales, aunque admite la falta de recursos técnicos y económicos. Y la importancia de las competencias locales lo ha recalcado el Tribunal Supremo (STS de 22 de junio de 1994 y de 6 de febrero de 1996).

9. En este sentido, FERNÁNDEZ FIGUEROA, F., "Las competencias locales", pág. 160, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, en *Administración Local*, Madrid, 1995.

10. Pero en todo caso, el legislador no podrá desconocer las competencias en materia de prestación de servicios mínimos o indispensables, porque en ese caso estaría vulnerando la autonomía de las corporaciones locales; a menos que se refiera propiamente a materias susceptibles de concurrente actuación de otras administraciones públicas. En este sentido, BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Administración local*, Ed. Comares, 1994. Mas no creo que la remisión a la legislación estatal o autonómica signifique la presunción de competencia en favor del municipio, a lo que se refiere SOSA WAGNER, F., en la obra *Manual de Derecho local*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 49.

11. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F. *Las competencias locales*, pág. 157 y ss., *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, en *Administración Local,* Madrid, 1995.

guiente: sobre determinadas materias, las administraciones públicas, en virtud de norma legal, ejercen una competencia exclusivamente salvo que atribuya el ejercicio de la competencia conjuntamente a dos o más entes, cuestión distinta a la atribución concurrente, y para ello el ordenamiento jurídico atribuye determinadas potestades, que no meros derechos subjetivos, y en el caso de las corporaciones locales son las expresadas en el mentado artículo 4 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local.

Al margen de ello, y puesto este precepto en relación con el artículo 86.3 y 85.1 podremos hablar también de servicios públicos cuando dichas competencias se ejerciten mediante la técnica prestacional. En todo caso, como bien dice Lliset Borrell,[12] no cabe identificar servicios públicos con competencias locales, pues aquéllos constituyen sólo una parte de las actividades en que consisten las competencias otorgadas a las entidades locales.

Por otro lado, también hay que traer a colación a las responsabilidades mínimas que la legislación sanitaria otorga a los ayuntamientos; así, el artículo 42 de la Ley general de sanidad recoge sus competencias en materia de control sanitario del medio ambiente (contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales, de industrias, actividades, servicios, ruidos y vibraciones, edificios y lugares de convivencia humana, de cementerios y policía sanitaria mortuoria.

En todo caso, y después de todo lo dicho, no podemos desconocer el protagonismo que todavía tienen los municipios.[13] Sin embargo, y antes de examinar los títulos competenciales y materias que relacionadas con el medio ambiente establece la legislación local, debemos examinar cuáles son las potestades más relevantes que las corporaciones locales pueden ejercer en esta materia, según se deduce del artículo 4 de la LBRL.

4. Las potestades de los entes locales en materia medioambiental

4.1. La potestad normativa de las corporaciones locales

Ha sido un hecho bastante extendido la aprobación por parte de las corporaciones locales de ordenanzas de carácter local que regulan aspectos propios de la materia medioambiental. Mas ello nos obliga a examinar los límites de dicha potestad normativa de las corporaciones locales. En primer lugar, el derivado de las exigencias del principio de reserva de ley, que algún ilustre autor como Parejo Alfonso[14] ha relativizado basado en el principio democrático y representativo que tiene las corporaciones locales. Bajo esta concepción, inspirada en el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 23 de febrero de 1995, así como en la STS de fecha 26 de junio de 1995 (Aranzadi 5092), e incluso en otras más recientes, se entiende que la potestad reglamentaria de las corporaciones locales es una manifestación de la autonomía local constitucionalmente garantizada (STC 4/1981, de 2 de febrero, y 214/1989, de 21 de diciembre), y así se deduce además de los artículos 4 y 84.1 de la LBRL 7/1985, de 2 de abril, siendo así que no resulta precisa de una habilitación previa legal pues en el ámbito local no es preciso el esquema ley previa-reglamento ejecutivo dictado en desarrollo de la misma, toda vez que los fines propios perseguidos por las corporaciones locales y determinados por las competencias reconocidas por el legislador infraconstitucional, pero determinados por las asambleas representativas de las corporaciones locales justificarían una regulación reglamentaria autónoma no contraria a la ley, pero que no tiene por qué ser un desarrollo de la misma.

Mas sin perjuicio del mérito de semejante construcción no podemos obviar que ello no se ajusta a la práctica judicial, desde los tribunales superiores de justicia hasta la del Tribunal Constitucional (STC 179/1985, de 19 de diciembre, 19/1987, de 17 de febrero, seguidas de las de 11 de diciembre de 1992, 132/2001, de 8 de junio, y recientemente la núm. 193/2003, de 27 de octubre), pasando por la del Tribunal Supremo (STS de 10 de noviembre de 1986, o la de 12 de noviembre de 1984, Aranzadi 5769, Ordenanza de Avilés, que incluso coloca el papel de la ordenanza por debajo y sometida al reglamento estatal), siendo ello reconocido por el propio autor defensor de la tesis municipalista, por lo que bien puede decirse que salvo alguna sentencia aislada prevalece la interpretación basada en el esquema clásico ley previa-ordenanza local de desarrollo, sin que sea de acogida siquiera la consideración de que los ilícitos locales puedan ser de libre configuración por parte de las corporaciones locales como contenido necesario de la regulación local mediante ordenanza. En este sentido, debemos recordar la importante contestación de esta tesis por parte de autores como Fernández Rodríguez,[15] que rebaten la idea de que la autonomía local haya hecho

12. LLISET BORRELL, F. "Manual de Derecho local", en *El Consultor de los Ayuntamientos,* 1985.

13. LÓPEZ MENUDO, F. *Planteamiento constitucional*, pág. 56; MARTÍN MATEO, R. *Medio ambiente y Constitución*, pág. 77.

14. PAREJO ALFONSO, Luciano. *La potestad normativa local*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

15. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. "La potestad reglamentaria de las corporaciones locales", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, pág. 209 y ss., en la monografía *Administración Local*, Madrid, 1995.

inaplicable a este ámbito la reserva de ley, debiéndose también traer a colación incluso el sometimiento de las ordenanzas locales a la normativa reglamentaria estatal, v. g. en materia de actividades clasificadas o de protección atmosférica (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, artículo 2 de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre). La tesis de Parejo ha sido acogida recientemente por la STS de 29 de septiembre de 2003, fijando una nueva doctrina sobre la base que ofrecen los artículos 55 y 59 del Texto refundido de régimen local –que poco añaden–, la necesidad de que la potestad normativa venga acompañada de la potestad sancionadora como poder implícito, por razones de capacidad efectiva de las corporaciones locales y por el excesivamente aludido principio democrático, doctrina que se limita a los supuestos en que el legislador no ha regulado –y hasta que se regule, por tanto, con carácter provisional–, sobre una materia concreta: ordenación de uso de bienes y organización de servicios.

Lo cierto es que parece más razonable acudir al esquema conocido como de colaboración ley-reglamento al que se ha referido doctrina y jurisprudencia (STC 83/1984, de 24 de julio, STS de 15 de junio de 1992, Aranzadi 5378, por todas), pero en el presente caso de modo aún más flexible, permitiendo que la obligada previsión legal se interprete de forma amplia en beneficio de la autonomía de las corporaciones locales, dejándoseles a éstas siempre un margen de actuación a la hora de llevar a cabo esta regulación, pero lo que no cabe es que la relajación del principio de reserva de ley termine con el mismo.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que la regulación mediante ordenanza puede llegar a suponer el establecimiento de condiciones de salubridad o seguridad más exigentes que las hasta entonces existentes, por lo que suele plantearse en la práctica problemas de retroactividad respecto de situaciones jurídicas iniciadas antes de su promulgación, en el que los bienes jurídicos a proteger como son los de seguridad jurídica, salubridad y seguridad física obligan a adoptar una solución medioambientalista, esto es, la de exigir a las industrias o establecimientos contaminantes la obligación de adaptarse a las nuevas exigencias establecidas por las nuevas ordenanzas, a menos que la seguridad pueda quedar tan afectada que sea preciso la clausura de la misma.

Por último, también habría que tener en cuenta que si bien es recognoscible la vigencia y utilidad de la ordenanza municipal en el ámbito medio ambiental no cabe decir lo mismo de la figura del bando [artículo 84.1.a) de la LBRL], que como disposición de carácter excepcional proveniente del alcalde de la corporación, de carácter meramente recordatorio de disposiciones vigentes (STS de 10 de mayo de 1991, Aranzadi 4272), o tiene por objeto cuestiones de índole menor o instrumental, como la fijación de fechas y lugar en los que tendrá lugar determinadas actuaciones municipales (STS de 10 de octubre de 1983, Aranzadi 5175; 24 de octubre de 1986, Aranzadi 892); mas no pueden servir para calificar ilícitos medioambientales (STSJM de 20 de mayo de 2003), por lo que no se puede eludir el procedimiento para la aprobación de las ordenanzas (STS de 30 de octubre de 1984, Aranzadi 5010, de 10 de octubre de 1983, Aranzadi 5239, y de 11 de junio de 1981). No obstante la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado esta doctrina prohibicionista en que los bandos se refieran a cuestiones de índole menor (STS de 30 de octubre de 2002, Aranzadi 9999, de 23 de octubre de 2002).

4.2. La potestad sancionadora de los entes locales

El ejercicio de la potestad normativa de los entes locales suele venir acompañada del ejercicio, a su vez, de la potestad sancionadora, como se ha dicho, siendo así que esta potestad plantea, además, especiales problemas en el ámbito medioambiental. Y así en concreto, conviene prestar atención al derivado de la necesidad de determinar a los responsables de las acciones de deterioro del medio ambiente, evitando con ello situaciones de impunidad ante las agresiones medioambientales. En este sentido, no dejan de ser infrecuentes los pronunciamientos judiciales que aprecian una falta de responsabilidad por falta de atribución de una relación de causalidad entre acción del presunto responsable y el daño producido. A mi modo de ver, la solución a este problema de determinación de la relación de causalidad como presupuesto de responsabilidad administrativa ha de basarse sobre la base de la acogida de la noción de posición de garante. En este sentido, ha de citarse el artículo 33.1 de la Ley de residuos 10/1998, de 21 de abril, en la que se acoge la idea de que siempre ha de existir un responsable en materia de residuos, lo que puede recaer sobre el productor, gestor o poseedor. Y ese responsable es, por tanto, un garante de la evitación de un resultado dañoso. La justificación de dicha posición de garante deriva del hecho de que su actuación supone la creación de un riesgo medioambiental cuyas consecuencias debe asumir, y antes que eso evitar. En este sentido, debemos citar la STSJM de fecha 11 de julio de 2000 o de 24 de octubre de 2003. Se trataría, por tanto, de extraer la doctrina penalista determinante de la existencia de responsabilidad por razón de omisión cuando se ocupa una posición de garante, si bien en el ámbito medioambiental ello derivaría de la aplicación del principio comúnmente aceptado de que "quien contamina paga", toda vez que debe traducirse ese principio más bien, como quien crea una situación de riesgo ha de responder de las consecuencias del mismo, sin que ello

significue versarismo alguno.[16] Alguna STS parece haber acogido esta doctrina (STS de 29 de julio de 1997, Aranzadi 6891, o STS de 1 de marzo de 1999, Aranzadi 2128).

El ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las corporaciones locales plantea, en segundo lugar, un ineludible problema derivado de la aplicación del principio del *non bis in idem*, toda vez que el ejercicio de dicha potestad local suele concurrir con la de otras administraciones públicas, en la medida en que la legislación sectorial suele otorgar a las corporaciones locales potestad para dictar las pertinentes ordenanzas con contenido sancionador. En este caso, el doble fundamento para sancionar provendría de diferentes administraciones, planteándose con ello también la eficacia procedimental del ejercicio concurrente de ambas potestades cuando una de ellas ha adoptado una decisión de archivo o sobreseimiento de las actuaciones iniciadas. En este caso, habría que plantearse si el administrado tendría derecho o no a invocar el impedimento de someterse a un segundo ejercicio de la potestad sancionadora, aspecto no suficientemente estudiado por la doctrina, pero que en todo caso, y aun a falta de un precepto equivalente al del artículo 144 de la LECR, siempre que existiese un idéntico fundamento para sancionar no debería existir posibilidad alguna para sancionar con arreglo al espíritu de la doctrina de nuestro máximo intérprete constitucional acerca de la imposibilidad de existencia de una doble verdad en el ámbito sancionador.

Por otro lado, también ha de destacarse que los ilícitos medioambientales suelen y deben castigarse aunque no se haya consumado un resultado medioambiental dañoso, toda vez que la protección administrativa, a diferencia de la penal, sanciona incluso situación de peligro abstracto.

4.3. La potestad planificadora de la Administración local

Pese a que algún autor ha reducido la trascendencia de la planificación ambiental,[17] lo cierto es que constituye una realidad incuestionable. En este caso, dicha potestad planificadora sobre el medio ambiente también tiene su origen en el planeamiento territorial, ante todo, urbanístico, en el cual se fijarán medidas para la protección del medio ambiente, conservación de la naturaleza y defensa del paisaje, de conformidad con la legislación específica que sea de aplicación al supuesto [artículo 12.1.d) del TRLS, aprobado por el Decreto 1346/1976, de 9 de abril]. En suelo no urbanizable, además, fijarán medidas de protección del territorio y del paisaje (artículos 11.3 y 12.2.4 del TRLS). Ello sin olvidar que los planes parciales y los PAUS deberán fijar el trazado de servicios de competencia local que afectan al medio ambiente urbano, como el abastecimiento de agua o alcantarillado [artículos 12.2.1.g), 13.2.f), 16.2.c), 29.i), 45.1.g), 72.1.c) del Reglamento de planeamiento urbanístico, RPU, aprobado por el Decreto 2159/1978, de 23 de junio]. Por otro lado, también hay que referirse a la figura del plan especial, entre cuyo objeto puede encontrarse la protección del paisaje [artículo 17.1, 19, 21 del TRLS, artículos 76.1.b), 78.1, 79 y 81 del RPU], siendo característico de los mismos que no precisan de plan territorial o general de ordenación previos (artículo 17.3), pero tampoco podrán clasificar suelo, aunque sí calificar;[18] si bien de existir aquellos deberán ajustarse a sus determinaciones, pudiendo fijar restricciones de uso para impedir la desaparición o alteración de espacios medioambientales protegidos. Tampoco habría que olvidar a los planes de saneamiento referidos al establecimiento de aguas potables, depuración y aprovechamiento de aguas residuales, instalación de alcantarillado, recogida y tratamiento de basuras (artículo 24.2 del TRLS, artículo 84.3 del RPU), y de infraestructuras (artículo 20, artículo 80 del RPU).

En todo caso, lo más destacable es el sometimiento tanto al planeamiento territorial, que lo constituye el denominado Plan director territorial de coordinación, conforme a los artículos 9.2 y 10.2 del TRLS, como a los planes especiales de contenido medioambiental, al que la legislación ha querido dar un tratamiento prevalente sobre el territorial. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (STS de 26 de diciembre de 1989, Aranzadi 9649), e igualmente el Tribunal Constitucional (STC 36/1994, de 10 de febrero, STC 148/1991, de 4 de julio, si bien limitando la preferencia de la competencia y planificación en materia medioambiental a que dicha regulación no conlleve una ordenación del suelo). Todo ello lo confirma la Ley de espacios naturales 4/1989, de 27 de marzo, al regular los planes de ordenación de recursos naturales (artículo 5.2) aprobados por las comunidades autónomas, como respecto de los planes rectores de uso y gestión de los parques nacionales (artículo 19.3). Mas lo cierto es que las competencias de los entes locales se han visto profunda-

16. En este sentido, debemos recordar los supuestos de existencia de posición de garante en el ámbito penal: así en virtud de norma legal, contrato, relación de derecho público, actuación precedente, o injerencia, a los que suelen añadirse otros (vinculación natural, comunidad de peligro, deber de vigilancia de fuente de peligros...), en principio acogidos por el artículo 11 del Código penal de 1995. *Vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte general*, 3.ª edición, Valencia, 1998, pág. 274 y ss., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español*, Madrid, 1994, 17.ª edición.

17. MARTÍNEZ MARÍN, Diego José. "Las funciones de las administraciones públicas en el medio ambiente: Intento de sistematización", en *Documentación Administrativa*, núm. 190, pág. 330.

18. Así lo entiende VERA JURADO, Diego, *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 91.

mente afectadas por una extendida planificación especial de carácter sectorial (los planes de cuenca e hidrológicos de la ley de aguas, los planes de residuos...), sobre la base de dar preferencia a ésta sobre la territorial.

Por otro lado, resulta novedoso que los planes urbanísticos de los entes locales puedan someterse a estudios ambientales, como ocurre con el análisis ambiental previsto en los artículos 12 y 21 de Ley 2/2002, de 19 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid. A mi modo de ver no se trata de una decisión respetuosa con la autonomía local, pues el informe de análisis ambiental favorable ha de valorar la "*conveniencia* de realizar el plan en los términos en que está planteado", "las principales razones en que se ha basado la decisión", y "condiciones para la adecuada protección del medio ambiente". Entiendo, por ello, que el control por la vía del informe sólo puede justificarse en controles de legalidad o controles puntuales de oportunidad conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, a lo que no parece ajustarse este precepto. Además, en materia de impacto ambiental, el Tribunal Constitucional ha proclamado que el procedimiento no puede servir al órgano medioambiental para introducir consideraciones de simple oportunidad (STC 13/1998, de 26 de enero).

Por otro lado, es preciso estudiar la interrelación existente entre la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio. De esta última materia, que la Constitución española institucionaliza en el artículo 148.3 como diferente a la del urbanismo, se ha dicho que supone la coordinación entre políticas de carácter medioambiental, y otras no estrictamente ambientales, como las de carácter económico, obras públicas, y urbanísticas, con el objeto de corregir los desequilibrios interterritoriales. Así, lo definió la STC 36/1994 como el "conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo". Para el profesor Parejo Alfonso se trata de una acción orientada a satisfacción de intereses regionales, que constituye verdadera política y competencia,[19] asegurando la coherencia entre políticas sectoriales distintas desde el punto de vista del territorio; y para López Ramón[20] la ordenación del territorio es una función pública horizontal cioles (¿o al revés?)[21] tiene como finalidad corregir los desequilibrios territoriales compatibilizando los intereses de desarrollo económico y mejora de la calidad de vida, pudiéndose ver afectada en todo caso, por los títulos competenciales estatales derivados del artículo 149.1 de la CE, consideraciones todas ellas que se ajustan a la Carta Europea de la Ordenación del Territorio de 20 de mayo de 1983 del Consejo de Europa y a la STC 77/1984, de 3 de julio. No obstante lo dicho, algún autor[22] se ha manifestado por la defensa de una ley general de medio ambiente como norma marco amparada en el artículo 150 de la CE o mediante una ley de armonización, a la vista del solapamiento competencial determinante de planificaciones territoriales y sectoriales confluyentes y que han determinado claras disfunciones y descoordinación.

4.4. La potestad tributaria de las corporaciones locales en el ámbito medioambiental

La asunción de competencias en materia medioambiental por parte de los entes locales no ha venido acompañada precisamente de la debida dotación a dichos entes locales de los debidos recursos públicos para ejercer tales competencias de forma adecuada, lo que ha contribuido al incremento del endeudamiento municipal, por lo que no se ha respetado el principio de suficiencia financiera previsto en el artículo 142 de la CE. Lo cierto es que en todo caso, la mayor parte sus ingresos en esta materia derivan de las tasas municipales (por la condición de servicios obligatorios, como la recogida de residuos), precios públicos o recargos sobre tarifas, como la del agua; mas se observa que en caso de los denominados cánones, como el de vertidos regulado en el artículo 113 y siguientes del Real decreto ley 1/2001, debería tener lugar una participación municipal, eliminando la exclusividad del organismo de cuenca, y ello sin perjuicio, como dice el artículo 113.7 de los cánones previstos para financiar obras de saneamiento o depuración a favor de los entes locales.

5. Las técnicas de intervención administrativa de los entes locales en el ámbito del medio ambiente

5.1. La política de fomento o estímulo a favor de la protección medioambiental

Se trata de una política escasamente aplicada en el ámbito local, por ser en su mayor parte la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas las más capacitadas para llevar a cabo dicha política de estímu-

19. PAREJO ALFONSO, L. *Manual de Derecho administrativo*, vol. II, pág. 257, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

20. LÓPEZ RAMÓN, F. "El Derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 133.

21. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., pese a entender que todas las normativas sectoriales han de integrarse en los planes territoriales, sin embargo, refiere que el planeamiento especial ha seguido primando sobre el territorial; así en "Derecho, medio, ambiente y desarrollo", pág. 13, en REDA núm. 24, 1980.

22. PÉREZ MORENO, A. "Tensión medio ambiente y desarrollo económico. Ordenación del territorio y medio ambiente. Espacios naturales", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 322 y ss.

lo, sobre todo como gestores de los fondos comunitarios, y precisamente por el carácter servicial de su competencia sectorial para otorgar las pertinentes autorizaciones. Y es así que las mismas pueden ser de diversa índole: desde de contenido positivo como las ayudas, subvenciones, préstamos a bajo interés, desgravaciones fiscales, acceso al crédito oficial, (así, v. g. Real decreto 2512/1978, de 14 de octubre, sobre beneficios para la puesta en práctica de medida correctoras en materia de contaminación atmosférica), encaminadas a la realización de inversiones en materia de investigación y desarrollo tecnológico, hasta las de contenido negativo, como son las encaminadas al cumplimiento de los deberes legalmente exigidos, como son los arbitrios de carácter no fiscal, que responden al principio de que quien contamina paga, hasta las multas coercitivas. Así unas y otras se reconocen en la legislación sectorial, como los artículos 11 de la Ley 38/1972, artículos 110 y 119 del Real decreto ley 1/2001, artículos 25, 26, y 36 de la Ley 10/1998, de residuos, artículo 4 de la Ley de envases 11/1997, de 24 de abril. Mas lo cierto es que se hace preciso un replanteamiento de su verdadero objeto, toda vez que si el mismo lo constituye el desarrollo de una mejora medioambiental frente a descargas excesivas, tales ayudas lo que estarían subvencionando no es sino el cumplimiento de una carga social o servidumbre socialmente aceptada como es el de contaminar lo menos posible, y en línea semejante se expresa el artículo 22.3 de la Ley 2/2002 de la Comunidad Autónoma de Madrid.[23] Otra cosa será si tal disminución responde a la realización de inversiones elevadas y que se traduzcan en un desarrollo tecnológico especialmente acusado, lo que no podrá ser invocado por un concesionario municipal de un servicio público de limpieza urbana (*vid.* STSJM de 5 de diciembre de 2001),dado que ello constituiría el objeto preciso de una cláusula de progreso implícitamente recogida en el contrato. En la línea semejante Vera Jurado considera que la política de fomento puede conllevar que para conseguir tales ayudas una empresa comience con una mayor actividad de contaminación para luego disminuirla y obtener tales ayudas.[24]

5.2. El régimen de policía ambiental

La LBRL 7/1985 expresa en su artículo 84.1.b) y c) la facultad de intervención de la Administración mediante el sometimiento de la actividad de los ciudadanos a la obtención de la previa licencia, así como la posibilidad de dictar órdenes de ejecución y actos de contenido prohibitorio, a los que la doctrina añade otros, como exigencia de actos de contenido comprobatorio, que no llegan a ser del todo actividad autorizatoria, como son las homologaciones de instalaciones, procesos o dispositivos, inspecciones para determinar los niveles de emisión, etcétera.

Papel primordial ocupan las licencias medioambientales, caracterizadas por su naturaleza de licencias de operatividad o funcionamiento (STS de 15 de junio de 1992, Aranzadi 5378, STS de 13 de abril de 2000, Aranzadi 3857), o actos-condición, que obligan a un control continuo de adecuación a las nuevas exigencias medioambientales, por razones de seguridad y salubridad públicas, y sin que ello origine derecho indemnizatorio alguno, si bien cuando ello afecta a obras o construcciones realizadas, la necesidad de imponer medidas correctoras es exigible allá donde llegue la capacidad técnica o posibilidad material de la modificación sobre la obra realizada, no así sobre la actividad.

El principal problema que plantea el régimen autorizatorio es el derivado de la obligada exigencia conjunta ante las mismas o diferentes administraciones, por razones medioambientales, urbanísticas, de ordenación del territorio, de carácter sectorial o demanial. Ello se ha pretendido solucionar con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, la cual se ajusta a la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, y acoge como principal figura la autorización ambiental integrada.[25] Se trata, como dice Bassols, de una autorización dictada por el órgano competente de la comunidad autónoma en un procedimiento en el que intervienen distintas administraciones que antecede a cualquier otra sustantiva, como la de actividades, artículo 11.2, que se sustituye en el aspecto procedimental –no obstante, la imposición de medidas correctoras o la denegación es vinculante para la resolución de la licencia de actividades–,[26] y sin perjuicio de las exigidas por la ocupación del dominio público. Tienen tales autorizaciones una duración de ocho años y no puede obtenerse por silencio positivo, englobando a todas las autorizaciones existentes en materia de residuos, vertidos y contaminación atmosférica.[27] Dicha ley incorpora, por tanto, para resolver definitivamente

23. Por lo que pueden exigirse en la autorización ambiental integrada condiciones medioambientales más rigurosas mediante las mejoras técnicas disponibles.

24. VERA JURADO, Diego. *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, pág. 191, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

25. El Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 26 de diciembre de 1989, Aranzadi 9649, ya admitió que pudiesen acumularse varias autorizaciones exigibles ante distintas administraciones en una sola resolución con arreglo al artículo 39 de la vieja LPA.

26. Salvo que las comunidades autónomas decidan eliminar dicha licencia y lo sustituyan por una licencia autonómica (disposición adicional 4.ª de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, que declara inaplicable el RAC).

27. BASSOLS COMA, Martín. "Régimen jurídico de la impugnación de informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integrales", pág. 16, en RDU núm. 200, marzo 2003.

informes vinculantes, que serían objeto de resoluciones autónomas en cada procedimiento, como el informe urbanístico previo del ayuntamiento, alcalde o Pleno, según Bassols, sobre adecuación al planeamiento. Tras el trámite de información pública tiene lugar un informe municipal y/o del organismo de cuenca, para pasar a continuación a resolución del órgano competente de la comunidad autónoma.

Pese al espíritu loable de la ley no parece que sus resultados sean del todo satisfactorios, pues queda tan sólo en un propósito de buenas intenciones el que las comunidades autónomas dispongan lo necesario para incluir en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada las actuaciones en materia de evaluación de impacto ambiental o figuras de evaluación ambiental previstas en la normativa autonómica.

5.3. Competencias y servicios prestados por los entes locales

5.3.1. Suministro de agua

Se trata de un servicio objeto de reserva a favor de los entes locales [artículo 25.2.l)], pero que es susceptible de diversos contenidos o partes integrantes, toda vez que es la legislación estatal o autonómica la que va a terminar por perfilar las concretas competencias de los entes locales. A este respecto debe citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2001 (Aranzadi 7416), que distingue entre los servicios de abastecimiento, aducción o traída de aguas, distribución y saneamiento, comprendiendo este último los de alcantarillado y depuración, siendo así que considera que los dos primeros son de competencia autonómica por responder a un interés supramunicipal, y los dos segundos, local, según la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, de abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad Autónoma de Madrid –criterio aceptado en las demás comunidades autónomas–, y que tal distinción permitió en el caso concreto otorgar competencia a la Comunidad de Madrid para imponer medidas de racionalización del uso del agua sin que se estimase afectada la autonomía local.

5.3.2. Alcantarillado y tratamiento de aguas residuales

Se trata de una típica competencia local, artículo 25.2.l) *in fine*. Dice Martín Mateo que el saneamiento engloba la captación de aguas residuales, su traslado, vía alcantarillado a las estaciones o plantas de tratamiento pasando por una red de colectores, el vertido y posible reutilización de aguas depuradas y en su caso la disposición sanitaria de lodos.[28] Por consiguiente, el saneamiento es la retirada de la carga contaminante contenida en un efluente líquido. Y en relación con dicho saneamiento se suele distinguir entre un pretratamiento, tratamiento primario y secundario.

Y es así que en materia de vertidos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, las corporaciones locales tradicionalmente han tenido competencias reconocidas en la legislación local, exigiéndose que el desagüe de los ríos llevase consigo la previa depuración, tal como lo requería el Reglamento de sanidad municipal de 9 de febrero de 1925 y la vieja LRL de 1955 [artículo 101.c)]. Igualmente, la Ley de aguas de 1866 facultaba a las corporaciones locales para aprobar reglamentos y bandos de policía municipal en materia de aguas, si bien también el Estado contaba con ciertas competencias en la materia. Y lo cierto es que con la nueva LBRL el servicio de alcantarillado es una competencia local perfectamente exigible (artículo 25, STS de 25 de abril de 1989, frente a la STS de 11 de octubre de 1975). En este sentido ha de traerse a colación la Ley 12/2002 reguladora de la autorización ambiental integrada en cuanto ha derogado las normas procedimentales existentes en esta materia sobre régimen de vertidos. En todo caso, lo importante a retener es que los vertidos finales no podrán tener efectos nocivos sobre el medio ambiente, existiendo siempre el límite de que las aguas tratadas no podrán ser destinadas al consumo humano excepto en situaciones catastróficas o de emergencia.

Por otro lado, también se observa que los entes locales no intervienen en materia de autorizaciones de vertidos previstas en dicha legislación de aguas, las cuales se ajustan a la Directiva 76/464, listas I y II, referidas a vertidos prohibidos y tolerados, correspondiendo aquéllas a la Administración hidráulica, estatal o autonómica, en función del ámbito comunitario o supracomunitario de las aguas superficiales. No obstante lo dicho, la Ley madrileña 7/1984, de 20 de diciembre, otorgaba competencia a dicha comunidad para el control de los vertidos de las aguas que circulen por la misma. De cualquier forma, como bien dice el profesor Martín Mateo,[29] sí pudieran tener competencia en materia de vertidos indirectos realizados a aguas superficiales (artículo 245.2 del RDPH), esto es, los que no se realizan inmediatamente en el curso de las aguas, sino a través de azarbes, redes de colectores, de recogida de aguas residuales o pluviales o por cualquier otro medio de desagüe. Y en esta línea la Ley madrileña 10/1993, de 26 de octubre, conforme a la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo, exige autorización de los entes locales para los vertidos industriales de aguas residuales realizados al sistema integral de saneamiento, siendo preciso un tratamiento previo

28. MARTÍN MATEO, R. *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 67.
29. MARTÍN MATEO, R. *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 115.

(artículos 4 y 10), asumiendo, además, los deberes de información periódica a la Comunidad Autónoma de Madrid de las autorizaciones concedidas, además de la labor de inspección y vigilancia respecto de los vertidos realizados a dicho sistema. E igualmente algunas leyes autonómicas, además de facultar a las corporaciones locales para dictar las ordenanzas municipales oportunas (disposición final 1.ª de dicha Ley 10/1993), exigen autorización de los entes locales para los vertidos industriales realizados antes de incorporarse a la red de alcantarillado, al objeto de que sean depuradas o corregidas mediante pretratamiento (artículo 4 de la Ley madrileña 10/1993, de 26 de octubre), debiendo informar a la Comunidad Autónoma de Madrid de las autorizaciones de vertido concedidas, como igualmente están facultadas para la inspección y vigilancia de todos los vertidos realizados al sistema integral de saneamiento, pudiendo, por tanto, suspender inmediatamente los vertidos de una instalación industrial. También será precisa una autorización municipal cuando se trate de vertidos realizados a un sistema de tratamiento de aguas residuales de gestión municipal. También debemos recordar las competencias reflejadas en los artículos 16 y 17 del RAMINP, de 30 de noviembre de 1961, en cuanto indican el obligado respeto a la normativa de policía de aguas que exige la instalación de actividades contaminantes de las aguas. Dichas autorizaciones de vertido alcanzan, no obstante, aquellos que sean susceptibles de contaminar o degradar el dominio público hidráulico (Real decreto ley 1/2001, de 20 de julio, artículo 100 y siguientes), no los que resulten nocivos. Y tampoco puede olvidarse que la legislación de aguas condiciona la obtención de la licencia de actividad a la previa de vertido, lo que deberá ser tenido en cuenta por la corporación local (artículo 260 del RDPH, aprobado por el Real decreto de 11 de abril de 1986). También hay que recordar que cuando en la prestación de un servicio municipal se produce una contaminación de las aguas, las corporaciones locales deberán proceder a efectuar el pretratamiento correspondiente, considerando la legislación de aguas a las corporaciones locales como un vertedor más[30] en cuanto es titular del vertido de su alcantarillado y éste se realice a las aguas continentales o al resto del dominio público hidráulico (artículo 101.4 del Real decreto ley 1/2001, artículo 250 y siguientes del RDPH), debiendo aportar un plan de saneamiento y control e informar a la Administración hidráulica de vertidos en colectores locales portadores de sustancias tóxicas y peligrosas. Por último, habría que citar su función de órgano colaborador de los organismos de cuenca conforme al artículo 335 del RDPH.

5.3.3. Protección del medio ambiente atmosférico

En esta materia la intervención municipal, conforme al artículo 25.2.f) de la Ley 7/1985, y la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, y el Reglamento de desarrollo (Decreto 833/1975, de 6 de febrero) es mayor, con el objeto de mantener la calidad y pureza del aire (artículo 1.3 de la ley, para lo cual pueden adoptar las medidas necesarias). Así, v. g. en la declaración de zonas de atmósfera contaminada, lo que ya acontecía desde el Decreto de 26 de agosto de 1968, pudiendo las corporaciones locales dictar ordenanzas que contemplen medidas respecto de dicha saturación atmosférica en la línea fijada por las directivas comunitarias y la propia Ley 38/1972 (artículo 9). En este procedimiento para que opere dicha declaración, los ayuntamientos pueden ser denunciantes a efectos de iniciación, y cuyo objeto es la adopción de un plan de medidas por parte de los ayuntamientos, previa intervención de las demás administraciones implicadas.

En situaciones de emergencia o catástrofe los alcaldes son competentes para adoptar medidas urgentes de protección, conforme al artículo 21.1.m) de la Ley 7/1985, sin perjuicio de la intervención ulterior del delegado del Gobierno conforme a la legislación de protección civil, o de las comunidades autónomas. Por otro lado, las licencias de actividad podrán ser denegadas cuando no se respeten los niveles de inmisión establecidas (artículo 3.4 de la Ley 38/1972, artículos 57, 62 y 64 del Decreto 833/1975), habiéndose adaptado la normativa en materia de actividades clasificadas a la legislación de ambiente atmosférico por imperativo de la Ley 38/1972, disposición final 4.ª. Las autorizaciones exigidas por dicha legislación han quedado afectadas por la Ley 12/2002, siendo objeto de la autorización ambiental integrada.

5.3.4. Recogida y tratamiento de residuos

Se trata de un servicio de competencia local comprendido en los artículos 86.3 y 25.2.l) de la LBRL, el cual es objeto de desarrollo en la Ley 10/1998 de 21 de abril, de residuos, que deroga la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, de residuos sólidos urbanos, así como la Ley 20/1986, de residuos tóxicos y peligrosos, unificando ambas clases conforme a la Directiva comunitaria 91/156/CEE, aunque recogiendo las particularidades de unos y otros, exceptuando la aplicación a las emisiones a la atmósfera, residuos radioactivos y vertidos a las aguas, pero aplicándose supletoriamente a otros supuestos (mineros, animales muertos y desperdicios de origen animal, de explotaciones agrícolas). Lo cierto es que su no-aplicación a las emisiones a la atmósfera deriva de que al ser los residuos las sustancias u objetos de los que se desprenda su poseedor, tenga la intención u obligación de

30. En igual sentido PERDIGÓ SOLÁ, J., "Actuación de los entes locales en materia de protección del medio ambiente", pág. 206, en la obra *Perspectivas de Derecho comunitario ambiental*, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Bellaterra, 1997.

desprenderse (artículo 3), siguiendo la noción de la Directiva 75/442/CEE, de 15 de julio, artículo 1.a), es preciso que sean cosas poseíbles, y que, conforme al artículo 437 del Código civil, sean, por tanto, susceptibles de apropiación, por lo que no los son los productos gaseosos como las emisiones, a menos que estén envasados, según se deduce además del Catálogo Europeo de Residuos aprobado por la Resolución de 17 de noviembre de 1998 de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental. Para Martínez Nieto[31] residuo es todo desperdicio contaminante que se introduce en el ambiente, cualquiera que sea el estado de agregación en que se encuentra su materia (sólido, líquido o gaseoso). Para Martín Mateo[32] es todo subproducto que por carecer de valor para la persona que los genera es abandonado o desechado por ésta, englobando los agrícolas-ganaderos, los mineros, industriales y urbanos. De lo expuesto se deduce que el concepto de residuo viene delimitado en sentido amplio, excluyendo todo lo que no es poseíble; pero en dicho concepto hay que incluir las sustancias susceptibles de reutilización económica (STSJ de Madrid de 11 de julio de 2000; STJCCEE de 18 de diciembre de 1997, 28 de marzo de 1990, asunto Zanetti, 10 de mayo de 1995, Comisión/Alemania; 25 de junio de 1997, Tombesi y otros, todo ello conforme a la Directiva 75/442 y 78/319), siendo así que esta operación difiere de la de reciclaje por afectar al propio objeto, no a la materia, permitiéndose su uso en análogas condiciones a las anteriores al empleo precedente; no obstante, son excluidos por la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de residuos de la Comunidad Autónoma de Madrid. En este sentido hemos de manifestar que la política comunitaria ha venido enfocándose por la denominada política de las 5R: reducción, reutilización, reciclado, reemplazamiento y reutilización, y habiendo entendido el TJCCEE que en materia de recogida y tratamiento de residuos pueden imponerse restricciones a la libre circulación de mercancías (STJCCEE de 9 de febrero de 1984, asunto aceites Ródano-Alpes, 7 de febrero de 1985, Comisión contra Francia, 20 de febrero de 1988, Comisión contra Dinamarca).

Por otro lado, la nueva ley establece como obligatorio el servicio de recogida, tratamiento y eliminación de residuos urbanos para todos los municipios (artículo 4.3), y ello en la forma establecida en las respectivas ordenanzas –debiendo los poseedores o productores entregarlos a los ayuntamientos en las condiciones reflejadas en las mismas, como en materia de utensilios y puntos de traslado–, y no sólo los que tengan más de 5.000 habitantes, modificando con ello la LBRL; los cuales sí habrán de contar con sistemas de recogida selectiva de residuos.

Entre las competencias locales destaca la de aprobación de planes de gestión de residuos, que habrán de adaptarse a los propios planes nacionales y autonómicos. Mas la competencia para autorizar la instalación, la ampliación o el traslado de industrias productoras de residuos corresponde a la comunidad autónoma, sin perjuicio de las demás exigidas por otras disposiciones, la cual asume, además, la competencia para autorizar la valorización y eliminación de residuos (lo que lleva implícito la declaración de utilidad pública de estas actividades), como también la conservación o cesión de terceros de dichos residuos, e igualmente la de recogida y almacenamiento de residuos peligrosos, siendo obligación de cualquier poseedor de residuos la de entrega a un gestor para su valorización o eliminación (artículo 11). Dicha entrega debe hacerse conforme a lo previsto en las ordenanzas locales, pero cuando se haga dicha entrega las entidades locales adquieren la propiedad de los mismos. En el caso de los residuos tóxicos o peligrosos ha de hacerse dicha entrega eliminándose o reduciendo en lo posible tal peligrosidad. Y cuando las actividades de gestión sean realizadas por los entes locales estarán sujetas a la intervención administrativa que fijen las comunidades autónomas (artículo 13). Previa autorización del ente local los residuos urbanos podrán ser entregados a un gestor autorizado.

Tampoco puede obviarse la importante Ley de envases y residuos de envases 11/1997, de 24 de abril, desarrollándose por el Real decreto 782/1998, de 30 de abril, que incorpora la Directiva 94/62/CE, y destacándose el espíritu de la ley que opta por un claro sistema de reducción, valorización y reciclado (artículo 5), antes que el de incineración y depósito, sistemas todos ellos a los que se refiere el profesor Martín Mateo. Las competencias de los entes locales se recogen, sobre todo, en el artículo 9, las cuales participarán en el sistema integrado de gestión de residuos de envases mediante convenios de colaboración con la entidad a la que se le asigne tal gestión, asumiendo las corporaciones locales las funciones de recogida selectiva y transporte a los centros de separación y clasificación o directamente a los de reciclado o valorización. Los entes locales deben ser compensados por los costes adicionales derivados de las nuevas obligaciones establecidas por la ley en relación con el sistema ordinario establecido por la Ley 42/1975.

Por último, habría que citar la Ley madrileña 5/2003, de residuos, de 20 de marzo, cuyo artículo 5.2 fija las competencias locales, remitiéndose a las ordenanzas y planes como las normas que determinarán la forma de prestación de los servicios de recogida, transporte y eliminación de residuos, así como la responsabilidad local

31. MARTÍNEZ NIETO, A. "Régimen jurídico de los residuos industriales", en *Actualidad Administrativa*, núm. 31, septiembre de 1994, pág. 453 y ss.

32. MARTÍN MATEO, R. *Tratado..., op. cit.*, pág. 510.

por la recogida y gestión de residuos abandonados, peligrosos o no, sometiendo, además, el planeamiento urbanístico a los planes de la Comunidad Autónoma de Madrid en materia de residuos (artículo 12.2), de modo que dichos planes habrán de incorporar un estudio sobre generación y gestión de residuos urbanos. Además, los entes locales tienen competencia en materia sancionadora de residuos urbanos abandonados.

5.3.5. La protección medioambiental del suelo en el ámbito del urbanismo

Dejando al margen el tema de la planificación al que anteriormente nos hemos referido, hemos de aludir básicamente en este apartado a dos aspectos primordiales en dos niveles: el primero viene representado por el artículo 138.2 del Real decreto ley 1/1992, de 26 de junio –cuyo antecedente se encontraba en el artículo 73 del TRLS de 9 de abril de 1976–, el cual no se vio afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo, constituyendo una norma de aplicación directa el planeamiento al indicar que "las construcciones se adapten en lo básico, al ambiente en que estuvieren situadas", como se decía en la vieja Ley del suelo, o prohibiendo que los edificios o instalaciones limiten "el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo".

En segundo lugar, hay que aludir al periplo legal y judicial por el que ha pasado el suelo no urbanizable desde la aprobación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen de suelo y valoraciones. El objeto de la ley es de todos conocido: en la línea del Real decreto ley de 7 de junio de 1996, el suelo urbanizable, sin distinción entre programado y no programado, pasaba a convertirse en categoría residual. El suelo no urbanizable se limitaba a sus justos términos (artículo 9), estando constituido por el protegido, de modo que el tradicionalmente considerado como común se limitaba al "inadecuado para el desarrollo urbano". Pero toda vez que ello constituía un gran portillo para la discrecionalidad municipal –lo cual no dejaba por otro lado, de ser necesaria–, además de que la finalidad de la ley perdía su sentido si no tenía lugar la revisión del planeamiento vigente (disposición transitoria 2.ª), fue preciso la promulgación del Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio, de liberalización en el sector inmobiliario, el cual vino a acabar con dicha discrecionalidad. No obstante, la STC 164/2001, de 11 de julio, admitió la constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 6/1998 en su redacción vigente, pero es destacable el fundamento jurídico 15.º, cuando indica que la clasificación como suelo no urbanizable corresponde sustancialmente a cada comunidad autónoma, como igualmente recuerda la doctrina de la STC 61/1997 de que la regulación del suelo no urbanizable común excede en mucho de los estrictamente medioambiental y es reconducible a la competencia estatal del artículo 149.1.1 de la CE. Y vista la posibilidad del legislador estatal de haber excedido su contenido en la aprobación del Real decreto ley 4/2000 se termina por dar una definición del suelo no urbanizable común que permite hablar de suelo inadecuado para el desarrollo urbano, pero reconducido a que los sea "por imperativo del principio de utilización de los recursos naturales" o por responder a objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística" (según la Ley 10/2003, de 20 de mayo). Por otro lado, hemos de indicar que la legislación autonómica no ha sido muy respetuosa con la eliminación de la distinción de la figura del suelo urbanizable programado y no programado, pues se ha rescatado sobre la base de la condición de sectorizado o no sectorizado (Ley del suelo de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 17 de julio de 2001), mediante el denominado plan de sectorización, artículo 44 y siguientes, o en el caso de la comunidad catalana, según la Ley 2/2002, de 14 de marzo, mediante la diferenciación entre entresuelo delimitado y no delimitado, según existiese o no un plan de delimitación (artículo 33).

5.3.6. Actividades clasificadas y autonomía local

Suficientemente conocida por todos es la regulación de las actividades clasificada recogida por el Decreto de 30 de noviembre de 1961, que tiene su origen en las viejas instrucciones de 1833 y 1904, y que en su momento constituyó un importante avance en materia de protección medioambiental. Y lo indicamos en pasado habida cuenta que las comunidades autónomas han venido regulando esta materia sustituyendo la intervención de las comisiones provinciales de servicios técnicos por órganos autonómicos, cuando no otorgando a los entes locales plena competencia para resolver las autorizaciones en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, o de las denominaciones dadas por las mismas, y ello toda vez que la intervención de tales comisiones provinciales es contraria a la autonomía local. Mas en alguna, como la Comunidad Autónoma de Madrid, se ha mantenido su vigencia, en cuanto a los aspectos procedimentales, hasta la reciente Ley 2/2002. Las bases de dicha normativa se centraban en la clasificación de la actividad conforme al sistema cuatripartito definido por el reglamento, siendo así que el nomenclátor utilizado según reiterada jurisprudencia no tenía carácter exhaustivo. Además de regular los límites en materia de emplazamientos respecto del casco urbano, se preveía la necesidad de obtención de dos tipos de licencias, previa información pública, la de instalación (artículos 33 y 22.3 del RSCL, de 17 de junio de 1955), con la posibilidad de adquirirla por silencio en la forma exigida por el RAC (artículo 33.4), así como la de funcionamiento, que en realidad se trataba

de una visita de comprobación que la Administración debía realizar en el plazo de dos meses conforme al artículo 13.1 de la Instrucción de 15 de marzo de 1963, escasamente aplicado y frente a la que no se contemplaba la adquisición por silencio. La concesión de la licencia conllevaba la fijación de las oportunas medidas correctoras, de modo que no se podía comenzar la actividad si no se obtenía la licencia de funcionamiento, y había de anteceder a la de obras so pena de incurrir la Administración en responsabilidad patrimonial, aunque esta regla fue muy matizada. Esta última licencia, según reiterada doctrina, no podía servir para revisar la de instalación, pero tenía el carácter de operativa en el sentido de que obligaba a su titular a someterse al cumplimiento de las exigencias derivadas del interés público, en concreto del cumplimiento de las condiciones de salubridad, seguridad y tranquilidad. Y lo que sí ha resultado dudoso es la necesidad de dar trámite de legalización para las actividades clandestinas, o debe irse al expediente de clausura previa audiencia. Por último, una extensa jurisprudencia había venido reiterando que no era exigible con las actuaciones en materia de ordenación del territorio (STS de 24 de noviembre de 1998, Aranzadi 9607, de 7 de noviembre de 1998, Aranzadi 7984, por todas), pero sí junto otras actuaciones de carácter medioambiental, como en materia de protección atmosférica, vertidos, residuos, que vinculan a la de actividad, por lo que si son desfavorables no podrán concederse. Tampoco parece que sea exigible la licencia de apertura y funcionamiento cuando se trate de actividades sujetas a impacto ambiental, por responder una y otra, sujetas a diferentes normativas, a idéntica finalidad.[33]

Sin embargo, quiero hacer destacar el problema derivado del ejercicio de las competencias de los entes locales en esta materia en cuanto ha supuesto que se impida a otros entes públicos el ejercicio de sus competencias, lo que ha llevado a la clausura de organismos que prestan servicios públicos, con merma del principio de continuidad de los mismos,[34] así como del Decreto 2183/1968, de 16 de agosto, el cual otorga la última palabra a la Administración del Estado [artículo 2 y 6.b)], sin que a mi modo de ver quede mermada la autonomía local, pues esa misma previsión se contempla en la Ley del suelo de la Comunidad Autónoma de Madrid de 17 de julio de 2001. Se trata de un límite justificado en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respeto a las competencias de otras administraciones que no puede quedar afectada por las propiamente locales (STC 56/1986, de 13 de mayo). Y no me parece una previsión mayor que la del artículo 6, que exige que las ordenanzas locales se ajusten al propio reglamento.

5.3.7. La protección frente al ruido

Hasta la reciente Ley 3/2003, de 17 de noviembre, la protección ciudadana frente a la denominada contaminación acústica. En un primer plano es destacable el contenido del artículo 30.1.c) del Reglamento de actividades clasificadas, que permitía examinar si la actividad que se pretende licenciar pudiera verse afectada por la existencia de otras análogas que por sus "efectos aditivos" pudiera suponer un perjuicio medioambiental. A este respecto el Tribunal Supremo elaboró una extensa doctrina sobre el deber de la Administración de motivar la existencia de dichos efectos aditivos si pretendía denegar por tal motivo una licencia, toda vez que tales efectos, por constituir un claro límite a la libertad de empresa de una actividad que, además, es conforme al planeamiento (artículo 38 de la CE) debieran tener clara constancia en el expediente (STS de 31 de enero de 1986, Aranzadi 1218; de 3 de octubre de 1989, Aranzadi 7213; de 19 de diciembre de 1989; de 4 de marzo de 1992, Aranzadi 2130; de 11 de mayo de 1992, Aranzadi 4304, de 12 de mayo de 1994, Aranzadi 4353; de 26 de febrero de 1996, Aranzadi 1657; por todas), de modo que ni siquiera con medidas correctoras pudiera llegar a ser eliminados. Por otro lado, el artículo 3 del RAC califica como molestas las actividades que produzcan ruidos o vibraciones. Esta disposición, junto con el contenido del artículo 590 del Código civil y la legislación autonómica al respecto (como el Decreto de la Comunidad Autónoma de Madrid 78/1999, de 27 de mayo, sobre régimen de protección frente a la contaminación acústica), así como normas de contenido técnico (NBE-CA-88, sobre condiciones acústicas de los edificios) o sectorial [como la Ley 38/1972, de protección del medio ambiente atmosférico, el artículo 42.3.b) de la Ley general de sanidad, de 25 de abril de 1986, que reconoce la competencia local en materia de control de ruidos o vibraciones, o la Ordenanza de seguridad e higiene en el trabajo, de 9 de marzo de 1971, o el Decreto 2107/1968, sobre régimen de poblaciones con alto nivel de contaminación o perturbación por ruido] constituían las principales normas de protección. Sin embargo, la existencia de una clara jurisprudencia del TEDH a favor del derecho al descanso (Sentencia López Ostra de 9 de diciembre de 1994, de 19 de febrero de 1998, caso Guerra, de 2 de octubre de 2001, caso aeropuerto de Heathrow), Tribunal Supremo (STS de 7 de enero de 1990, Aranzadi 8750, Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, Aran-

33. En el mismo sentido MARTÍN MATEO, R., *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 377.

34. Y aunque el Tribunal Supremo no ha afrontado directamente esta cuestión, lo cierto es que da por bueno, de forma tácita, tal actuación municipal (STS de 24 de abril de 2002, de 29 de mayo de 2002, de 27 de septiembre de 2001 y de 29 de marzo de 2001).

zadi 3867),[35] y del Tribunal Constitucional (STC 119/2001, de 24 de mayo), y la promulgación de la Directiva comunitaria 2002/49/CE han justificado la aprobación de esta nueva ley.

El fenómeno del ruido anda ligado al reconocimiento del derecho del descanso, que como tal no estando expresamente recogido constituye una proyección de los derechos a la integridad física (artículo 15 de la CE), intimidad (artículo 18.1 de la CE) e inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE), toda vez que como ha reconocido nuestro máximo intérprete una exposición prolongada a niveles intensos de ruido, puede afectar a estos derechos. La doctrina ha reconocido los perjuicios que produce el ruido sobre el sistema auditivo, cardiovascular, pudiendo producir trastornos en el sueño, irritación y agresividad, e incluso efectos nocivos sobre la fauna.[36]

Entrando ya en el examen de dicha ley, es evidente que realza la figura y el papel de los entes locales en materia de protección del medio ambiente. Así, el artículo 6 contempla la posibilidad de que los ayuntamientos aprueben ordenanzas y adapten éstas y los planes urbanísticos a dicha ley, lo que igualmente es aplicable a la ordenación del territorio (artículo 17). También gozan de la potestad sancionadora. Por consiguiente, las previsiones de esta ley vinculan las autorizaciones sobre funcionamiento de actividades como de licencias de construcción. Al Gobierno corresponde definir los objetivos de calidad acústica a los distintos tipos de área acústica, así como los valores límites de emisión, pero nada impide considerar a las corporaciones locales como la "Administración competente" (que no única) para aprobar mapas de ruidos (artículo 14) en los que se fijan los grandes ejes viarios, ferroviarios y aeroportuarios, que pueden quedar gravados con servidumbres acústicas (artículo 10), o las zonas de protección acústica especial (artículo 25), así como planes de actuación e incluso fijar niveles de emisión más gravosos que los fijados por el Estado, dando una mayor protección me-dioambiental.

A nivel autonómico, hemos de citar la reciente Ley catalana 16/2002, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica.

5.3.8. La protección frente a las inmisiones derivadas de las telecomunicaciones

En este apartado hemos de indicar la reciente problemática derivada del despliegue de las instalaciones de telefonía móvil por todo el territorio nacional. Y aunque no exista opinión común sobre si pueden clasificarse como molestas o peligrosas, o nocivas, sí hay una opinión comúnmente admitida de que son actividades que precisan de licencia de obra/instalación, pudiendo las corporaciones locales dictar las ordenanzas oportunas sobre la base de sus competencias urbanísticas y medioambientales (STS de 18 de junio de 2001, de 24 de enero de 2000, y Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo), lo que alcanzaría propiamente al aspecto derivado de los emplazamientos, mas no de la fijación de las necesidades, aspecto propiamente estatal; y en el bien entendido sentido de que no pueden establecer ordenaciones que impidan el mencionado despliegue. Parece opinión mayoritaria la de que pueden exigir requisitos técnicos más rigurosos que los niveles de emisión fijados por el Estado, por el carácter de las normas medioambientales de protección y del conocido principio de prudencia, pero sin que quepa imponer exigencias desproporcionadas. El problema, no obstante, radica en su ubicación, al no haber sido contempladas, en la mayor parte de los casos,[37] por el planeamiento, por ser un fenómeno relativamente moderno, siendo así que la inactividad municipal, a la hora de revisar los planes merma el mencionado despliegue. A ello hay que añadir que la telefonía móvil ha dejado de ser servicio público con la Ley 11/1998, de 24 de abril, recientemente derogada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, que tampoco creo que resuelva el tema, pues se trata de un servicio de interés general, no incluido en el artículo 4, ni tampoco constituye un servicio universal ni conlleva obligación de Derecho público; ello sin olvidar la necesidad de otorgar un justificado diferente trato a quien cumple y respeta la legalidad urbanística que en relación con quien no la obtiene.

Por último, ha de tenerse en cuenta que la Ley madrileña 2/2002 obliga a someter al procedimiento de análisis ambiental a los planes de cobertura o estaciones base que operen con radiofrecuencia.

5.4. El incumplimiento de la actividad prestacional municipal en el ámbito del medio ambiente

Por tratarse de una cuestión cuyo examen con detalle excedería del objeto de este trabajo nos hemos de limitar a exponer tres cuestiones importantes:

a) Sobre la admisibilidad de la denominada acción pública frente a los entes locales que prestan inadecuadamente sus servicios. Se ha discutido en la doctrina sobre el alcance de la misma en el ámbito medioambiental. Y en este sentido prevalece la opinión de que fuera de los casos expresamente previstos (Ley de pesca fluvial, de 20 de febrero de 1942, artículo 58; artículo 109 de la Ley 22/1988, de costas; artículo 16 de la Ley de 6 de

35. El cual contiene una interesante consideración sobre la prevalencia de lo ambiental a lo urbanístico.

36. MARTÍN MATEO, R. *Tratado...*, vol. II, pág. 614 y ss.

37. Lo que urge su necesaria equiparación al uso como equipamiento o dotacional público.

febrero de 1972 de protección de la atmósfera, urbanismo, artículo 304 del Real decreto ley 1/1992), no cabe extenderse a otros supuestos, aunque existe alguna postura en contrario, con apoyo en el artículo 24.1 de la CE, artículo 7.3 de la LOPJ, y artículo 18 y 19 de la Ley jurisdiccional, aunque sea opinión unánime la que postula su reconocimiento de *lege ferenda* como medio de dar satisfacción al artículo 45 de la CE y protección a los intereses difusos. Sin embargo, el Tribunal Supremo, pese a admitir en sentido amplio el concepto de interés legítimo, no admite la acción popular con carácter general en el ámbito del medio ambiente, si bien un concepto amplio de interés difuso puede servir para defender el propio círculo vital del afectado (STS de 2 de enero de 1994, Aranzadi 43, de 22 de abril de 2002, sin que sea invocable la STS de 25 de abril de 1989, Aranzadi 3233, que no constituye un pronunciamiento definitivo sobre el tema), fuera de los casos en que una administración local interviene en la defensa de los intereses de sus vecinos. La cuestión es un tanto baladí, a la vista del concepto amplio de interés legítimo utilizado por el Tribunal Supremo. En todo caso, y a mi modo de ver, la acción pública tan sólo faculta para interesar la acción de nulidad/anulación, y como contenido inherente a la misma, el restablecimiento de la situación jurídica medioambiental, si ello es posible, pero no es defendible esto último cuando de interesar la imposición de un sanción se trata, o de reclamar daños y perjuicios que no respondan a un daño efectivo, como exige el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.[38]

b) Lo dicho nos lleva a la segunda de las cuestiones a plantear: el supuesto de inactividad como causa de exigencia de una actividad prestacional exigible frente a la Administración, tras previo requerimiento (artículo 29.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio), y como condena a hacer cuando exista un deber de exigir una prestación [STS de 25 de abril de 1989, artículo 18 de la LBRL, artículo 71.1.c)], fijando para ello el oportuno plazo y las condiciones adecuadas para hacer efectivo el fallo. En todo caso, conviene retener que la inactividad no puede confundirse con el silencio, aunque generalmente sea el silencio su principal forma de manifestación. Por otro lado, entiendo que sí tiene sentido hablar de pretensión anulatoria conforme al carácter revisor de nuestra jurisdicción, de la resolución por silencio negativo de la petición de ejecución o actividad o de la que expresamente decide no tomar ninguna decisión[39]. Lo que no cabría es el ejercicio de la pretensión de inactividad de la Administración frente a potestades discrecionales, como la reglamentaria (STS de 14 de diciembre de 1998).

6. El futuro papel de la Administración local supramunicipal

Hasta ahora nos hemos referido al trascendental papel que ocupan los municipios en la protección del medio ambiente; al menos respecto de la resolución de problemas de índole menor y media para el ciudadano medio. Pero lo dicho no quiere decir que otras corporaciones locales de las incluidas en el artículo 3 de la LBRL como la provincia, la isla, las comarcas o las áreas metropolitanas tengan que ocupar el lugar secundario o subsidiario que les otorga la legislación local, artículos 36 y 43. Parece claro que la mayor parte de los problemas medioambientales tienen un alcance que no suele superar el provincial. Y es así que pese al diferente papel asumido por estas corporaciones en las distintas comunidades autónomas parece claro que la prestación de servicios de carácter supramunicipal [artículo 36.1.c)] puede ser el medio más idóneo para que una administración próxima al ciudadano atienda debidamente a la resolución de sus problemas medioambientales, propiciándose una mayor intervención en todo tipo de instrumentos planificadores, territoriales y especiales,[40] y ello para hacer efectivo el principio de solidaridad que forma parte del contenido del artículo 45 de la CE, para el que la posibilidad de aprobar planes de ámbito provincial puede ser una adecuada solución.[41]

38. En el mismo sentido, LÓPEZ MENUDO, "El derecho a la protección del medio ambiente", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pág. 198, MARTÍN MATEO, R., *Tratado...*, vol. I, pág. 148.

39. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. "Las competencias autonómicas sobre medio ambiente y su problemática ante los tribunales superiores de justicia", pág. 135, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2002.

40. En este sentido parecido, LÓPEZ BUSTOS, *op. cit.*, pág. 98 y ss.

41. En igual sentido, VERA JURADO, D., *La disciplina ambiental..., op. cit.*, pág. 88.

ESTUDIOS

QDL

Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

Belén Noguera de la Muela
Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. Introducción.
2. La STJCE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España C-214/00: breve comentario. Posibles consecuencias de la misma en el ordenamiento jurídico-administrativo español: las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
2.1. El ámbito subjetivo de aplicación de las directivas "sustantivas" 92/50, 93/36 y 93/37, y de la Directiva de "recursos" 89/665: doctrina jurisprudencial en relación con las sociedades mercantiles en mano pública. La reciente STJCE de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA). El artículo 2.1 y las disposiciones adicionales sexta y décimo sexta del TRLCAP introducidas por la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 2003. 2.2. El artículo 2.1 y las disposiciones adicionales sexta y decimosexta del TRLCAP introducidos por la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 2003. 2.3. En relación con la tutela cautelar contractual. El artículo 60 bis del TRLCAP introducido por la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 2003.
3. A modo de conclusión.

1. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C-214/2000), recaída en un "recurso por incumpliendo del Derecho comunitario" dirigido por la Comisión contra España (artículo 226, consolidado del Tratado de la CE), ha condenado a nuestro país por una no correcta transposición de la Directiva 89/665[1] al Derecho interno español, pese a que la Exposición de motivos de la entonces Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas entendiese que tal directiva nacía ya transpuesta al ordenamiento español.[2] Concretamente, hemos sido condenados por no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha directiva y, en particular, tal como recoge el fallo de la sentencia:

"–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 carácter 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."

Con esta sentencia se pone fin a un largo procedimiento iniciado en 1994, en el que se sucedieron requerimientos y negociaciones, sin que el Gobierno español atendiera a las advertencias de la Comisión y en consecuencia las recogiera en los textos legales vigentes en aquel momento, o bien en sus sucesivas reformas.

En tales circunstancias, no nos debe resultar extraño el resultado final condenatorio en que desemboca este proceso, en el que se abordan dos cuestiones nucleares de nuestro Derecho: el recurrente uso de la figura Administración-sociedad mercantil ahora referido al campo de la contratación pública, que Fleiner resumió en la "huida del Derecho administrativo",[3] y el no menos importante de la insuficiencia del sistema de tutela cautelar contencioso-administrativa, que, junto al primero mencionado, García de Enterría lleva denunciando vivamente desde hace ya unos años.[4]

Ambos temas, de gran trascendencia, serán objeto de nuestra atención en las páginas que siguen. Podemos avanzar que del contenido de la sentencia que comentamos, se deduce la obligada reforma de la legislación española de contratación pública, de las normas procedimentales-procesales de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo (a saber, la LJCA de 1998) y de la LOFAGE. La Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, sin embargo, sólo modifica la legislación de contratos. Reforma de la normativa sobre contratación que debemos advertir que es el prólogo a una reforma más global con motivo del nuevo paquete de directivas comunitarias en esta materia, concretamente dos directivas únicas en los sectores "tradicionales" y en los "excluidos", contando por el momento con las Posiciones comunes (CE) núm. 34/2003 aprobadas por el Consejo el 20 de marzo de 2003 con vistas a la adopción de las directivas del Parlamento y el Consejo sobre contratos de suministros, obras y servicios, y sobre los mismos contratos en los sectores de la energía, el agua, los transportes y los servicios postales, y que responden al triple objetivo de modernización, flexibilización y simplificación.

2. La STJCE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España C-214/00: breve comentario. Posibles consecuencias de la misma en el ordenamiento jurídico-administrativo español: las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

Como se sabe, en su momento fue promulgada la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, 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

1. Esta directiva, 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 contratos de suministros obras y servicios, conocida como "Directiva recursos" debía ser transpuesta a nuestro ordenamiento antes del 21 de diciembre de 1991.

2. Significativamente, la derogada Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 en su preámbulo decía: "No se incorpora, por el contrario, el contenido de las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE porque la materia de recursos que constituye su objeto des ajena a la legislación de contratos de las administraciones públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido" (apartado 1.2, párrafo 4.º).

3. MARTIN-RETORTILLO, S. "Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo", en RAP núm. 140 (1996), pág. 45.

4. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, jueces y control de la Administración*, 1.ª ed., Madrid 1996, págs. 295-296; GIMENO FELIU, J. M.ª. *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Madrid 1995, págs. 64 y ss., 83 y ss.; BAÑO LEÓN, J. M.ª. "Proyecto de ley de contratos de las administraciones públicas", en *Anuario del Gobierno Local*, Barcelona 1995, págs. 68 y ss.; BACIGALUPO, J. *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid 1999, págs. 85-88.

obras, cuyas reglas son también aplicables a los contratos de servicios por expresa previsión del artículo 41 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, relativa a tales contratos. Pues bien, esta breve (sólo seis preceptos) pero sustanciosa directiva supuso el que por vez primera el Derecho comunitario se introdujera en las legislaciones nacionales de carácter procesal de cada Estado miembro, con el objeto de que las garantías jurídicas fuesen uniformes en todo el territorio de la entonces Comunidad Europea, habida cuenta la disparidad e insuficiencia de los sistemas nacionales de control.[5]

Así, tal directiva, con el propósito de que existiesen medios de control efectivos de la adjudicación de contratos públicos, pone de relieve la necesidad de: *a*) un sistema de recursos rápido y eficaz; *b*) potenciar un sistema efectivo de medidas cautelares, y *c*) establecer un régimen de indemnización de daños y perjuicios, producidos como consecuencia de la indebida adjudicación.[6] Con el conjunto de estas tres medidas, pretende la armonización de las garantías jurídicas de los estados miembros en materia de contratos públicos, que se regula en sus artículos 1 y 2, siendo su plazo máximo de transposición el 21 de diciembre de 1991 (artículo 5 de la Directiva 89/665), y que España claramente ha incumplido, resultando ya definitiva la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, objeto de comentario.[7]

Pues bien, la Comisión, al interponer el recurso por incumplimiento contra España, considera que no se garantizan tales recursos rápidos y eficaces, ni se establece tampoco un sistema adecuado de medidas cautelares. Asimismo, el primer reproche que hace la Comisión al Reino de España se centra en la omisión que hace nuestro ordenamiento de extender el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665/CEE a las decisiones adoptadas por los "poderes adjudicadores" –entendidos éstos en el sentido definido por los artículos 1.1.b) de las directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE–, constituidos en forma de sociedades de Derecho privado que cumplen los requisitos que definen el concepto de "organismo de Derecho público".

Veamos por tanto, seguidamente, esta cuestión sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 89/665/CEE, y en consecuencia el ámbito subjetivo de las directivas "sustantivas" (directivas 92/50, 93/36 y 93/37, modificadas por la Directiva 97/52), cuya correspondencia procesal es la Directiva de recursos mencionada, y entre las que existe un estrecho vínculo, resultando de gran importancia traer también a colación la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2003, que nuevamente se produce en el marco de un recurso por incumplimiento del Derecho comunitario, dirigida por la Comisión contra España, recurso que igualmente el Tribunal ha estimado, y donde se declara que la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1.b) de la Directiva 93/37.

2.1. El ámbito subjetivo de aplicación de las directivas "sustantivas" 92/50, 93/36 y 93/37, y de la Directiva de "recursos" 89/665: doctrina jurisprudencial en relación con las sociedades mercantiles en mano pública. La reciente STJCE de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA). El artículo 2.1 y las disposiciones adicionales sexta y décimo sexta del TRLCAP introducidas por la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 2003

Las directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, así como la Directiva 93/38/CEE estaban encaminadas a lograr la

5. GIMENO FELIU, J. M.ª. *El control de la contratación…, op. cit.*, pág. 59; *Ídem. Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid 2002, pág. 198 y ss.; SAMANIEGO BORDIU, G. "El control del Derecho comunitario de los contratos públicos", en RAP núm. 123 (1990), pág. 402.

6. Extremos los indicados *supra*, que tienen reflejo en el articulado de la Directiva 89/665/CEE, en concreto los artículos 1.1 y 2.1.

"Artículo 1.

1. Los estados miembros tomarán, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas 71/305/CEE y 72/62/CEE, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridos de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2 con motivo de que dichas decisiones haya infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho.

Artículo 2.

1. Los estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en le artículo 1 prevean los poderes necesarios:

a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicio a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores;

b) para anular o hacer que se anulen las cesiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción."

7. Esta sentencia ha sido ya objeto de análisis, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas (Sentencia Comisión C. España C-214/00, de 15 de mayo de 2003)", en REDA núm. 119 (2003); PIÑAR MAÑAS, J. L. "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas (STJCE de 15 de mayo de 2003, que condena a España en materia de contratos públicos)", en *Actualidad Aranzadi* núm. 585, 10 de julio de 2003; DÍAZ LEMA, J.M., "Contratos públicos y Derecho español. Comentario urgente a la STJCE 15 mayo 2003", en *Actualidad Administrativa* núm. 35 (2003); FUERTES, M., "¿Incumple el Derecho español la Directiva de recursos?" (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003", Unión Europea, Aranzadi, agosto/septiembre 2003.

codificación de todas las directivas existentes hasta el momento y que habían sido modificadas en diversas ocasiones al hilo de las diferentes fases de evolución del Derecho comunitario,[8] resultando a veces difícil saber cuáles estaban vigentes y cuáles no, hasta el punto de llegar en la actualidad al nuevo paquete de directivas comunitarias en esta materia, concretamente dos directivas únicas en los sectores "tradicionales" y los "excluidos", que responden al triple objetivo de modernización, flexibilización y simplificación.

En esta línea, una de las primeras preocupaciones que mostraron y, que hoy confirman las posiciones comunes (CE) núm. 34/2003 aprobadas con vistas a la adopción de las directivas del Parlamento y el Consejo sobre contratos de sumministros, obras y servicios fue unificar su ámbito subjetivo de aplicación y en especial el concepto de "poder adjudicador", término con el que se alude a las entidades contratantes, centrándose en la definición del concepto de "organismo de Derecho público".

A este respecto, cabe resaltar cómo el Derecho comunitario y la destacada jurisprudencia comunitaria recaída en relación con este tema han configurado una noción funcional de "poder adjudicador", de "organismo de Derecho público", por tanto superadora de envoltorios meramente formales, y parafraseando al Tribunal de Justicia en la sentencia que comentamos, no haciendo "las directivas mención alguna al régimen público o privado, con arreglo al cual se han constituido los organismos de Derecho público ni a la forma jurídica adoptada [...]", "este concepto [...] engloba a las sociedades mercantiles bajo control público [...], sin que la forma jurídica de las entidades de que se trate tenga relevancia" (fundamento 31 de la STJCE de 15 de mayo de 2003).

Consideraciones éstas que vienen a confirmar una vez más la postura clara y determinante que mantienen el Tribunal de Justicia en orden a calificar como organismo de Derecho público a distintas entidades de Derecho privado que reúnen cumulativamente los tres requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37, estimando que la forma de constitución es indiferente a este respecto (fundamento 54 de la STJCE de 15 de mayo de 2003). Añadiéndose que "[...] el estatuto de Derecho privado 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" (fundamento 55).

En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda en esta sentencia (apartados 6, 29, 50 y 60) aquellos pronunciamientos que le han llevado a considerar a una sociedad de Derecho privado como era el caso de la "Irish Forestry Board" ("Servicio de Bosques", que tiene la condición de poder adjudicador, "cuyos contratos públicos de suministro están sometidos al control del Estado en el sentido de la Directiva 77/62" (STJCE de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda, 353/96),[9] y a la Osterreichische Staats-druckerei ("ÖS, Imprenta estatal austríaca") organismo de Derecho público por concurrir en ella los tres requisitos recogidos en el artículo 1.b) de la Directiva 93/37 (STJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenban). Asimismo, importante resulta también la Sentencia de 10 de noviembre de 1998, C-360/1996, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden y BFI Holding BV, relativa a la aplicación del artículo 1.b) de la Directiva 92/50/CEE sobre contratos públicos de servicios.

En este caso, se trataba de la recogida de residuos efectuada por una nueva persona jurídica, "la sociedad anónima ARA", creada por los municipios Arnhem y Rheden con tal propósito. En dicho asunto, se suscitaba si un contrato de recogida de residuos debía quedar sujeto a la Directiva 92/50/CEE, de contrato de servicios, postura que mantenía BFI, empresa privada dedicada a

8. A ellas se refiere SANTIAS VIADA, J.A., SANTAMARÍA PAREDES, V. y LÓPEZ BLANCO, C., *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Madrid 1991, págs. 34-37; NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de contratos de las administraciones públicas,* Barcelona, 2001, págs. 33-42; LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Los poderes adjudicatarios en el Derecho comunitario y en la Ley de contratos de las administraciones públicas", *Noticias de la Unión Europea* núm. 136 (1996), págs. 58-60.

9. A este respecto, el Tribunal señaló cómo fue el Estado quien creó el Servicio de Bosques: fue previsto por el artículo 9 de la Irish Forestry Act 1988 (Ley de bosques irlandesa de 1988); le encomendó determinadas tareas que principalmente consisten en la conservación de los bosques nacionales, mantener la industria forestal, así como el acondionamiento de instalaciones de carácter recreativo, deportivo, educativo, científico y cultural. Asimismo, el accionista mayoritario es el ministro de Hacienda; y fue creada esta sociedad de derecho privado, por el ministro de Energía, que nombra a sus principales directivos y puede dirigirle instrucciones por escrito con el fin de obligarle a respetar las líneas generales de la política del Estado sobre las actividades forestales, acondicionar o conservar servicios o instalaciones determinados y conservar o utilizar terrenos determinados con fines específicos (artículo 38 de la Ley de bosques); el Servicio de Bosques está obligado a consultar al ministro de Hacienda sobre las actuaciones forestales en determinadas zonas de interés científico (artículo 13); cada año el Servicio de Bosques deberá proponer al ministro un programa de compraventa de terrenos (artículo 14); la creación y adquisición de filiales deberán ser aprobadas por el ministro [letra g) del apartado 2 del artículo 15]; deberá celebrarse una junta general cuando los dos ministros así lo propongan (punto 15 de los estatutos), y deberán someterse al Parlamento irlandés (artículo 30 y 31 de la ley) el informe anual, así como el informe de inspección de cuentas del Servicio de Bosques.

En cuanto a la financiación, el capital social del servicio de bosques deberá ser aprobado por el ministro de Hacienda (artículo 10).

En suma, rasgos todos ellos que nos denotan cómo esa sociedad de Derecho privado depende en una medida considerable de los poderes públicos y aunque no puede ser calificado como Estado o un ente público territorial, dado el control que el Estado ejerce sobre ella –tanto económico como sobre las funciones que debe cumplir el Servicio de Bosques–, se le debe considerar una "autoridad pública cuyos contratos públicos de suministro están sometidos al control del Estado" en el sentido del punto VI del anexo I de la Directiva 77/62. Por ello, es un poder adjudicador y debía ordenarse la publicación del anuncio de licitación, relativo a un contrato de suministro de fertilizantes en el DOCE.

tales cometidos. Sin embargo, el Gechtshof te Aruhem (órgano jurisdiccional nacional), estimó que le era aplicable la excepción prevista en el artículo 6 de la Directiva 92/50, en la medida en que se consideraba que ARA era un organismo de Derecho público en el sentido de la letra b) del artículo 1 de la mencionada directiva.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia se centró en la interpretación que debe hacerse de la definición que se da de organismo de Derecho público como "todo organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil", puesto que los otros dos requisitos –estar dotados de personalidad jurídica y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público– ya se cumplían. Al respecto, entendió que la expresión "necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil" quiere decir que si el legislador comunitario lo especifica es porque entiende que existen también necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil. Añadiendo que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades, puesto que lo importante es que siga encargándose de las necesidades que está específicamente obligado a satisfacer, y que son aquéllas. En definitiva, entendió que ARA era poder adjudicador.[10]

Siguiendo en este orden del cosas, el broche de oro lo ha puesto en el caso español la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA). En este supuesto, se trata también de una sentencia que se produce en el marco de un recurso por incumplimiento dirigido por la Comisión contra España, y nuevamente somos condenados pero ahora por haber incumplido las obligaciones que nos incumben en virtud de la Directiva 93/37 sobre los contratos de obras, al no someternos al conjunto de las disposiciones de dicha directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA), sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1.b) de la Directiva 93/37.

En el presente caso, el Gobierno español y la Comisión disentían sobres si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creo específicamente SIEPSA[11] carecen de carácter mercantil, habida cuenta que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el primer guión del artículo 1.b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, ya que el resto de elementos los cumplía.

A este respecto y por lo que se refiere más en particular al concepto de "necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil", ya tuvo el Tribunal de Justicia ocasión de precisar su alcance[12] en diversos pronunciamientos, y se trataba ahora de aplicarlo a SIEPSA.

Aquí, el Tribunal entiende que ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de amortización y creación de centros penitenciarios, a efectos de la aplicación de la po-

10. Asimismo, resaltar que, además, en virtud del artículo 6 de sus estatutos, únicamente podrán ser socios de ARA personas jurídicas de Derecho público o sociedades de las que al menos el 90% de sus acciones se halle en manos de dichas personas jurídicas y, además, la propia sociedad. Con arreglo al artículo 13.2 de los estatutos, los municipios designarán cinco de los, como mínimo, siete y, como máximo, nueve miembros del Consejo de Vigilancia.

11. Recordar que SIEPSA, de acuerdo con sus estatutos, es una sociedad estatal creada mediante acuerdo del Consejo de Ministros en 1992 bajo la forma de sociedad anónima mercantil. Está dirigida y representada por un consejo de administración, integrado por ocho miembros designados por la Junta General de Accionistas, a propuesta de los ministerios de Justicia, de Economía y de Hacienda. El Consejo de Administración nombra a su presidente de entre los consejeros propuestos por el Ministerio de Justicia.

Según se desprende de sus estatutos, en relación con la actividad que desarrolla, esta sociedad no oferta cárceles en el mercado (inexistente) de establecimientos penitenciarios, actúa como delegada de la Administración del Estado para auxiliarla en la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario.

12. En los fundamentos 79 a 82 de esta sentencia el Tribunal de Justicia señala lo siguiente:

El Tribunal de Justicia declaró así que dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (en este sentido, Sentencia Adolf Truley, antes citada, apartados 36, 40 y 45).

Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Coronen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse tendiendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Coronen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la Sentencia Coronen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tenga carácter industrial o mercantil.

lítica penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.

Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un plan de amortización y creación de centros penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración pública.

Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.

En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

En efecto, de los estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, el Tribunal entiende que procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

No resultando admisible la afirmación del Gobierno español al entender que SIEPSA estaba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva y de la Ley 13/95 (hoy TRLCAP de 2000) ya que se regía por normas de Derecho privado, siendo únicamente aplicable la disposición adicional sexta, respecto de los principios de publicidad y concurrencia en los procedimientos de adjudicación de contratos que convoque, lo cual cumplía con el nuevo anuncio de licitación en los diarios de prensa nacional y local.

En suma, sentencia la del caso SIEPSA que resulta definitiva, en tanto que por vez primera y para el supuesto de sociedades mercantiles en mano pública, dependientes de la Administración española, el Tribunal de Justicia resulta tan determinante.

Pero, volviendo a la Sentencia de 15 de mayo de 2003 que es objeto de nuestro comentario, resulta destacable cómo el Tribunal insiste en que "es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como de la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el nuevo hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y régimen jurídico correspondan al Derecho privado" (fundamento 56).

Efectivamente, como venimos diciendo, el Derecho comunitario ha operado por encima de los envoltorios formales y las especialidades de personificación existentes en cada Estado miembro. Así, en ese Derecho, tal como ha puesto de relieve Massera[13] no existe una noción unitaria de Administración pública, habida cuenta el principio de autonomía institucional de los estados miembros, de manera que el concepto comunitario de Administración pública es un concepto cambiante, de "geometría variable", que se ha ido forjando casi exclusivamente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

13. MASSERA, A. "Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione", en *El desenvolupament del Dret administratiu*, edita Escola d'Administració Pública, Barcelona 1993, pág. 55 y ss.; MORENO MOLINA, J. A. *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid 1996, págs. 152-153; *Ídem.* "El Derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración pública", en *Noticias de la Unión Europea,* núm. 169 (1999), págs. 25-28.

En este sentido, y a la vista de la jurisprudencia comunitaria a la que hemos hecho breve referencia en estas páginas, la Corte siempre trata de dar al concepto de poder adjudicador un efecto útil,[14] es decir, el contenido más adecuado para la consecución de los objetivos de la normativa de que se trate, ahora de contratación pública. De ahí las sentencias Administrazione Autonoma dei Monopoli di Statu (AMMS) Hofner K./Macrotron GMBH y British Gas, y la reciente SIEPSA, entre otras.

Por tanto, el Tribunal de Justicia lleva a cabo interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la directiva, en este caso garantizar plenamente la apertura de la contratación pública. En consecuencia, según doctrina consolidada de este Tribunal, el recurso a disposiciones del ordenamiento jurídico interno para limitar el alcance de las disposiciones de Derecho comunitario tendría como efecto debilitar la unidad (artículos 2 y 3, Tratado de la Comunidad Europea) y la eficacia de dicho Derecho, y ello no puede admitirse;[15] debe operar, por tanto, una subordinación de los distintos derechos administrativos nacionales a las "bases" de ese Derecho administrativo europeo[16] tal como se desprende del principio de lealtad consagrado en el artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea,[17] que fielmente ha plasmado la STJCE de 17 de noviembre de 1993, en la que es derogado el artículo 2.8 de la Ley de contratos del Estado,[18] que venía siendo la apoyatura para la inaplicación de aquella ley a la actividad contractual de las entidades administrativas, públicas o privadas, que sometían su actividad al Derecho privado; siendo aplicable también el principio de primacía según el cual en caso de colisión o contradicción ente normas nacionales y comunitarias priman o prevalecen estas últimas, debiendo la Administración y los jueces aplicarlas, descartando la disposición interna, sea del rango que sea, opuesta (STJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal).

Ya en el ámbito de nuestro Derecho, quiero recordar cómo además de la importancia del efecto útil de las directivas *supra* apuntado, la Ley de contratos de las administraciones públicas (ya sea en el texto vigente del 2000, como en el de 1995 hoy derogado del que trae causa) tiene su razón de ser en el Derecho comunitario, de manera que aquella sólo puede ser entendida correctamente en el contexto de ese Derecho, siendo la necesidad de adecuar nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico-comunitario uno de los factores determinante, sino el principal, del nacimiento de aquel texto legal en su versión de 1995, tal como declaraba su exposición de motivos[19] y que ha pasado al actual TRLCAP de 2000. Verdaderamente, éste ha sido el factor clave de la reforma, y un aspecto altamente positivo de la influencia de la normativa comunitaria en la legislación de contratación, lo tenemos en su ámbito subjetivo de aplicación, que se ha realizado con los mimbres del Derecho comunitario. Ahora bien, ello ha producido unos efectos que ya apunté en anteriores trabajos[20] y que tanto la sentencia que comentamos como la de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA) han venido a confirmar. Veamos a continuación tales efectos al hilo de la reforma del TRLCAP introducida por la Ley de acompaña-

14. PIÑAR MAÑAS, J. L. "Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario", en RAP núm. 133 (1994), págs. 39-41; MORENO MOLINA, J. A. *Contratos…, op. cit.,* pág. 151; GIMENO FELIU, J. M.ª. "Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública", en RAP núm. 144 (1997), pág. 162; NOGUERA DE LA MUELA, B. *El ámbito…, op. cit.*, pág. 141.

15. Al respecto resulta muy ilustrativa la Sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión contra Italia, 118/85, Rec. 1987, FJ 11.

En este sentido, cabe tener presente cómo en Francia, como ha indicado el Consejo de Estado, la noción comunitaria de "marchés publics" ha modificado sustancialmente la que era propia del ordenamiento francés, de forma que la normativa de la Comunidad sobre contratos públicos debe ser aplicada no sólo por los entes que tradicionalmente debían hacerlo (el Estado, las colectividades públicas locales y los "establecimientos públicos" que no tengan carácter industrial o comercial), sino también por los organismos privados con financiación pública mayoritaria, sometidos a un control de gestión por el Estado u otra administración pública o cuyos órganos de administración o dirección estén compuestos mayoritariamente por miembros nombrados por el Estado o las colectividades públicas locales.

Al respecto, RICHER, L., "L'article 1 du Code des marchés publics doit-il etre revisé?" en AJDA, julio-agosto 1994, pág. 16.

16. RIVERO, J. "Vers un Droit Común Euroéen: nouvelles perspectives en Droit Administratif", en *Nouvelles perspectives d'un Droit Común de l'Europe*, Florencia 1978, págs. 389-406; SCHWARZE. European Administrative Law, Londres 1992; GIMENO FELIU, J. M.ª. *Contratos públicos…, op. cit.*, págs. 12-13.

17. GARCIA DE ENTERRÍA, E. "La Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en REDA núm. 67 (1990), págs. 401 y ss.

18. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. "Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 2003", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 121 (1995).

19. Recordemos que las causas que justificaron la promulgación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, eran la necesidad de vertebrar una legislación básica que diese cauce a los imperativos del artículo 149.1.18 de la CE, la codificación de la regulación existente, la lucha contra la corrupción, y la necesidad de adecuar nuestra legislación la ordenamiento jurídico comunitario de la contratación.

PIÑAR MANAS, J. L. "El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley", en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas* (AA.VV.) Director: R. Gómez-Ferrer Morant, Vivitas, Madrid 1996, págs. 21-22; SAINZ MORENO, F. "Los temas objeto de debate en la nueva ley", en *Comentario…, op.cit.,* págs. 54-57; PADROS, X. y FORTUNY, J. *Legislació bàsica sobre contractes: La Llei de contractes…, op. cit.*, pág. 23; SILVA DE LAPUERTA, R. y CALVO VÍAZ, G. "El Derecho comunitario europeo y la LCAP", en *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas,* (AA.VV.), coordinación: PENDAS, B., Editorial Praxis, Barcelona 1995, págs. 103-125; ENTRENA CUESTA, R. "Aspectos generales de la nueva Ley de contratos de las administraciones públicas" *en Contratación pública II. Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996*, coordinadores: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. y LAGUNA DE PAZ, J. C., Editorial Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 17; MARTÍN-RETORTILLO, S. *Reflexiones sobre la huida…, op. cit.* pág. 45; *Ídem. El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones,* Edit. Civitas, Madrid 1996, pág. 223.

20. NOGUERA DE LA MUELA, B. *El ámbito…, op. cit. in totum.* Igualmente, BAÑO LEÓN, J. M.ª, "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas", en RAP núm. 151 (2000).

miento de la Ley de presupuestos de 2004, Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

2.2. El artículo 2.1 y las disposiciones adicionales sexta y decimosexta del TRLCAP introducidos por la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 2003

Efectivamente, como consecuencia del fallo condenatorio recogido en la STJCE de 15 de mayo de 2003 en la Ley de medidas fiscales administrativas y del orden social de 2003 (Ley 62/2003) se ha dado nueva redacción al artículo 2.1 y disposición adicional sexta del TRLCAP de 2000 (ámbito subjetivo) adicionándose una nueva disposición adicional decimosexta bajo la rúbrica "Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta ley", así como un artículo 60 bis relativo a "Medidas provisionales", al que tendremos ocasión de referirnos más adelante al abordar esta cuestión, constituyendo todos ellos legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18 de la CE según preceptúa el artículo 67.5 de la Ley 62/2003.

Nuevamente, por tanto, nos enfrentamos a un nuevo diseño del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratos y una vez más debemos plantearnos si con esta redacción se pone fin o no al escapismo constante, poniendo de relieve también si estimamos necesaria alguna otra reforma.

Ello no obstante, con carácter previo quiero resaltar cómo una y otra vez hemos contemplado cómo diferentes leyes, estatales y autonómicas, ofrecen soluciones que no armonizan con la LCAP, ley general y básica. A nuestro juicio, ello no es de recibo, ni Estado ni comunidades autónomas pueden a su arbitrio excluirse de la Ley de contratos, ya que si así fuera tal ley dejaría de ser básica (artículo 149.1.18 de la CE) y los artículos 1, 2, disposición adicional sexta gozaban (disposición final primera) y gozan de tal característica, teniéndola también en la actualidad esa nueva disposición adicional decimosexta, y van dirigidos por tanto a establecer un denominador común normativo que garantice una posición jurídica igualmente común de todos los ciudadanos ante todas las administraciones en su actividad contractual.

En consecuencia, el Estado, cuando dicta normas uniformes para todas las administraciones públicas en virtud del artículo 149.1.18 de la Constitución, queda vinculado por esas normas básicas y no puede legítimamente dictar leyes posteriores que deroguen de forma singular la regla común, puesto que la función constitucional de tal norma básica es garantizar un estatus uniforme.[21]

Así pues, tal como afirma Baño León, "el juez que se enfrente ante una norma estatal posterior que no tienen carácter básico, contradictoria de una norma básica del Estado no puede aplicar esta última sin vulnerar la Constitución. El juez que se encuentre ante este conflicto, debe plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley posterior salvo que sea posible conciliar las interpretaciones de ambas leyes: en ese caso debe prevalecer la norma básica anterior, pues se trata de un conflicto de interpretación entre leyes que corresponde dilucidar al juez ordinario y no propiamente al juez constitucional".[22]

Si se trata, por tanto, de un conflicto entre dos normas estatales, debe aplicarse el principio de autovinculación del Estado a su normativa básica. Tal como indicó certeramente Baño León, "este plusvalor de la ley básica estatal frente a normas posteriores, se transforma en una prevalencia de la norma básica en caso de conflicto frente a la norma estatal posterior. No juega en tal situación ni la regla de la derogación de la ley posterior ni el principio de especialidad, aplicación de la ley especial ante la general. Sencillamente y con fundamento en el principio de lealtad constitucional y en el propio carácter de la norma básica, la ley estatal posterior es inconstitucional".[23]

Luego volviendo a la Ley de contratos, cabe remarcar que ni Estado ni comunidades autónomas pueden pasar por alto la legislación básica estatal que define el ámbito subjetivo de la normativa sobre contratos. Y si ya hemos indicado qué sucede si se trata de una ley estatal la que introduce la singularidad en el campo de la contratación para una determinada entidad, debemos también destacar que si es una ley autonómica la que excluye al ente de que se trate, de la aplicación del artículo 1 y del artículo 2 de la Ley de contratos, aquella norma será inconstitucional y se verá desplazada en virtud del principio de prevalencia de la ley estatal (artículo 149.3 de la CE).

Veamos ahora, por tanto, cuál es la nueva redacción del artículo 2.1, disposición adicional sexta y disposición adicional decimosexta del TRLCAP de 2000 (artículo 67 de la Ley 62/2003).

El artículo 2.1 queda con la siguiente redacción:

"1. Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las

21. GÓMEZ-FERRER MORANT, R. "Relaciones entre leyes: Competencia, jerarquía y función constitucional", en RAP núm. 113 (1987), pág. 23: "Las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso completarlas con la idea de la función que cumple cada ley en el sistema jurídico de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes obre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permiten resolver cual es la ley que debe prevalecer cuando dos o más lees inciden en la regulación de una misma materia."

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado como es la especial función constitucional –en tal caso– de la Ley de bases del régimen local la que justifica la subordinación a la misma de la legislación de las comunidades autónomas y también de la legislación sectorial del Estado (STC 220/1988, de 24 de noviembre, 259/1988 y 148/1991, entre otras).

22. BAÑO LEÓN, J. M.ª. "La influencia…", *op. cit.*, pág. 23.

23. BAÑO LEÓN, J. M.ª. "La influencia…", *op. cit.*, pág. 24.

sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del impuesto sobre el valor añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados."

La disposición adicional sexta, bajo la rúbrica "Principios de contratación en el sector público", resulta del siguiente tenor:

"Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios."

Finalmente, se introduce una nueva disposición adicional decimosexta con el siguiente contenido:

"Disposición adicional decimosexta. 'Recursos en materia de contratos de las Sociedades sujetas a esta ley'.

"A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE."

La lectura de estos preceptos me lleva a realizar las siguientes reflexiones generales:

a) En primer término, me llama la atención que nada se diga del artículo 1.3 del TRLCAP y se mantenga intacta su redacción respecto a la referencia a las "entidades de Derecho público", tras la irrupción hace ya bastante tiempo de la LOFAGE para la Administración institucional estatal, por cuanto, insisto, guarda silencio sobre ese precepto la Ley de medidas fiscales de 2003.

b) En segundo término, respecto al artículo 2 el legislador continúa rubricando este precepto bajo el rótulo "Adjudicación de determinados contratos de Derecho privado", cuando en el contenido del mismo se hace referencia a contratos que el TRLCAP en su artículo 5 considera como contratos administrativos (obras, suministros, servicios, consultoría y asistencia), y a los que se les aplica la teoría de los actos separables de los contratos privados de las administraciones.

En su apartado 1, que ha sido objeto de reforma, de una parte se continúa hablando de "entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior", esto es, el artículo 1.3, y de otra, se incluyen ahora a las sociedades de Derecho privado que tengan la condición de "poder adjudicador" por reunir los requisitos del artículo 1.b) de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37, al conceptuar la noción de "organismo de Derecho público", y que nuestro legislador ha transpuesto literalmente en el artículo 1.3. del TRLCAP, sometiéndolas a las prescripciones de esta ley sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación respecto de ciertos contratos siempre que su importe sea igual o superior a un determinado umbral presupuestario. En cuanto a la exigencia de que "la principal fuente de financiación de dichos contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las administraciones públicas", que se contenía en el artículo 2.1.b) del TRLCAP, entendemos que no sigue vigente, ha sido implícitamente derogada, ya que de lo contrario en la Ley 62/2003 se hubiera expresamente recogido favoreciendo así el que entre esas "entidades de Derecho público no comprendidas en el artículo 1.3 del TRLCAP" se incluyan entidades, como entidades públicas empresariales (EPES), que tengan carácter industrial o mercantil, siendo indiferente que estén o no financiadas en su actividad de forma directa o indirecta (lo que permite incluir toda clase de dotaciones patrimoniales) por las administraciones públicas, en todo caso se aplicará el nuevo artículo 2.1.

Luego, para que se aplique parcialmente la normativa de contratación pública (normas sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación) debe tratarse de contratos de obras, suministros (que constituye una novedad), consultoría y asistencia, y servicios, a los que se añade una exigencia cuantitativa sobre el importe de dichas contratos: 5.000.000 DEG si se trata de contratos de obras, y 200.000 DEG para el resto de contratos mencionados. Si no concurren tales circunstancias, no se aplicará ni tan siquiera de forma parcial la legislación de contratos.

Hecho este último que no creemos sea inhabitual, y así basta con pensar en que el umbral presupuestario sea inferior a las cantidades que se prevén en el artículo 2.1, en tal caso lo que en el Derecho comunitario es facultativo (porque no olvidemos las directivas son instrumentos normativos "de mínimos", se busca alcanzar un resultado común), se convierte en preceptivo en el Derecho interno por una transposición que tienen el efecto de inaplicación obligatoria de la LCAP.

Por el contrario, si se trata de un contrato de concesión de obra pública resulta capital el artículo 220.5 del TRLCAP, donde se indica que el régimen de ese contrato previsto en el título V es aplicable a todas la entidades de Derecho público "cualquiera que sea su régimen

jurídico de contratación y denominación", por tanto también sociedades en mano pública.

Al hilo de todo ello, creo de interés traer también a colación que si nos encontramos ante la realización de alguna de las actividades enumeradas en el artículo 3 de la Ley 48/98, más alguno de los contratos incluidos en el artículo 5 de la Ley 48/1998 y dentro de los umbrales cuantitativos (artículo 8) se aplicará la Ley 48/1998 a esas entidades de Derecho público del artículo 2.1.a) de la Ley 48/1998, y empresas públicas del artículo 2.1.c) de la Ley 48/1998, suscitándonos ciertos interrogantes la redacción que sigue vigente en la disposición adicional undécima del TRLCAP de 2000 al afirmar:

"2. Las entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, se regirán, en lo no previsto en la misma, por sus normas de contratación específicas.

"El ministerio al que estuvieran adscritas la citadas entidades podrá aprobar, cuando el régimen de contratación de las mismas sea el de Derecho privado, normas o condiciones generales a fin de asegurar la homogeneización de ésta y el respeto a los principios de publicidad, concurrencia y no-discriminación de la contratación del sector público. El repertorio de las normas o condiciones generales deberá ser informado preceptivamente por el Servicio Jurídico del Estado."

El punto 2 de esta disposición nos plantea diversos interrogantes: ¿cuáles son las "entidades públicas" incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998?; ¿estamos favoreciendo una vez más la singularidad de cada una de estas entidades, al preceptuar que "en lo no previsto en la Ley 48/1998, se regirán por sus normas de contratación específicas"? Estimamos que lo que debería decir es que debe sujetarse al TRLCAP y así zanjar el escapismo constante. Y en tercer lugar, ¿qué efecto produce la previsión recogida en el párrafo segundo el punto 2 de la disposición adicional undécima del TRLCAP de 2000? Parece que se refiere por ejemplo al caso de AENA, cuya disposición adicional cuarta de la Ley 48/1998 expresamente para ella señala que en lo no previsto en esa ley, "ajustará su régimen de contratación al Derecho privado".

Si bien, esta previsión, el TRLCAP de 2000 la está haciendo extensiva para cualquier entidad pública incluida en la Ley 48/1998 al afirmar que en lo no previsto en la misma se regirán por sus normas de contratación específicas.[24]

Asimismo, quiero resaltar cómo el artículo 2.2 del TRLCAP, que mantiene la redacción que tenía, continúa pudiendo ser de aplicación a las sociedades mercantiles en mano pública,[25] extendiéndose también a sujetos privados como consecuencia de la subvención que perciben,[26] cuando en aquél se preceptúa:

"2. Quedan sujetos a las prescripciones a que se refiere el apartado anterior los contratos de obras de la clase 50, grupo 502, de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), los de construcción relativos a hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo, y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por ciento de su importe, siempre que éste, con exclusión del impuesto sobre el valor añadido, sea igual o superior a 5.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 200.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados."

Ampliación, por consiguiente, del ámbito subjetivo del TRLCAP, por razón del objeto de la contratación que realicen y si han obtenido una ayuda pública o subvención para ello superior al 50 por ciento del importe.

c) El tenor literal de la actual disposición adicional sexta del TRLCAP suscita diversas consideraciones.

Primeramente, tal como indicaba Pérez Moreno,[27] volvemos a plantearnos la diferencia que existe entre los "principios de contratación en el sector público", "principios de esta ley", que invoca el artículo 3.2. del TRLCAP, y los principios a los que se sujetan los contra-

24. NOGUERA DE LA MUELA, B. "Las directivas comunitarias de 'sectores excluidos' y la Ley 48/1998, de 30 de diciembre: Ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación", en *Noticias de la Unión Europea* núm. 205 (2002), pág. 128-129.

25. NOGUERA DE LA MUELA, B. El *ámbito..., op. cit.,* pág. 123, donde sostenía esta tesis, indicando específicamente como GISA (Gestió d'Infraestructures S.A.) tendría ahí cabida.

26. LÓPEZ BENÍTEZ, M. *Op. ult. cit.,* pág. 61; ENTENA CUESTA, R. "Aspectos generales…", *op. cit.,* pág. 21; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Op. ult. cit.,* pág. 114; GIMENO FELIU, J. M.ª. *El control…, op. cit.,* págs. 135-136, afirma que "en este caso, por la intensidad de la relación de especial sujeción derivada por la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico se acude [...] al dato funcional de quién es el que realmente financia o asume el costo principal de dicho contrato, entendiéndose que en estos casos nos encontramos con la presencia indirecta pero decisiva de un poder público".

En relación a la incidencia de la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico sobre la gestión empresarial de una empresa puede consultarse a MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico, I,* Madrid 1988, pág. 459. Téngase en cuenta que las medidas de fomento son utilizadas con frecuencia por el Estado, por cuanto se trata de uno de los procedimientos más eficaces de promoción y reactivación de la iniciativa privada –clave en el desarrollo de la economía de un país– a la vez que supone un auténtico cauce por el que el Estado puede dirigir y orientar la actividad económica del país, adecuándola a la específica coyuntura económica del momento. De esta manera, el fomento se constituye en fórmula de potenciación del sector económico privado y permite la ordenación del mismo por los poderes públicos, sin acudir a otras técnicas de intervención directa. Sobre la operatividad e incidencia de estas medias pueden verse principalmente los siguientes trabajos: FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid 1983; DÍAZ LEMA, J. M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, IEF-ICO, Madrid 1985.

27. PÉREZ MORENO, A. *La contratación..., op. cit.,* pág. 868.

tos de las administraciones públicas, que según el artículo 11 del TRLCAP son "los de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación".[28] Debemos destacar, la generalización de estos últimos, que son expresión de un valor esencial de ordenamiento jurídico (artículos 1, 14 y 149.1.1 de la CE), y resulta no justificable que actividades públicas se gestionen mediante sociedades mercantiles de las administraciones públicas y que en sus relaciones contractuales no se sometan a los principios de igualdad y no discriminación. A mayor abundamiento, esta endeble sujeción a los principios de publicidad y concurrencia puede excepcionarse, siempre que la naturaleza de la operación a realizar resulte incompatible con los meritados principios.

En segundo lugar, cabe advertir cómo la nueva redacción de esta disposición se refiere a las sociedades de Derecho privado del actual apartado 1 del artículo 2 del TRLCAP, esto es, a las sociedades de Derecho privado que son "poder adjudicador" en el sentido del Derecho comunitario, pues bien éstas "para los contratos no comprendidos en el artículo 2.1", por tanto, parece que cuando se trate de obras, suministros, consultoría y asistencia, y servicios que estén por debajo del umbral presupuestario indicado en el artículo 2.1 "ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". Es evidente que, así, no se aplica esta disposición con carácter residual,[29] ni se pone freno a escapar de las reglas de contratación.

Este precepto debería entrar en juego cuando el ente contratante se comporte como un auténtico agente económico, desprovisto de funciones administrativas. En tal caso, estas "empresas públicas" deberán observar el derecho de la competencia e implicará que se sometan por tanto a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de cualquier índole, a fin de no gozar de privilegios que falseen el juego de la libre competencia del mercado, vulnerándose los artículos 81, 82 y 87 del Tratado de la Comunidad Europea,[30] y en tal caso, sí bastará aplicar los principios de publicidad y concurrencia en los términos que prevé la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe de 24 de octubre de 1995 al afirmar:

"[...] sobre la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no pueden darse soluciones concretas ya que será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque si posible acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc.) que contiene la LCAP."

Por consiguiente, en ese supuesto tales sociedades pueden optar por dar cumplimiento a los principios que les incumben según prescriben las normas legales de la LCAP o bien hacerlo de manera diferentes a las previstas en aquéllas.

Por el contrario, el tenor literal de la disposición adicional secta sigue, demostrando que está por debajo de los estándares del Derecho comunitario en esta materia, no consiguiéndose poner coto definitivo a la huida de los controles públicos en materia de selección del contratista y de los criterios de adjudicación del contrato.

d) Finalmente, a la vista de la disposición adicional decimosexta, podemos afirmar que se consagra la doctrina de los actos separables para los contratos celebrados por las "sociedades sujetas a esta ley" (dice la rúbrica de la disposición citada), esto es, por las sociedades en mano pública que son poder adjudicador, llevando al ámbito del Derecho administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa el procedimiento de selección del contratista y adjudicación de contratos mediante una remisión al artículo 51 de la Ley 48/1998 de los sectores excluidos (energía, agua, transportes y telecomunicaciones), donde se encarga a los propios órganos de contratación de las administraciones públicas el control de la observancia de los principios del artículo 10 por todas las entidades, públicas y privadas, sujetas a ella, a cuyos efectos les atribuye la competencia para resolver las reclamaciones que puedan formularse por terceros interesados a causa de la infracción de lo dispuesto en sus normas, así como para acordar las medidas cautelares que en cada caso resulten necesarias para asegurar la eficacia de las resoluciones correspondientes y para fijar las indemnizaciones que procedan (artículo 51). Esas resoluciones serán directamente ejecutivas y podrán ser ejecutadas por la vía de apremio, sin perjuicio de su impugnación en la vía contencioso-administrativa (artículo 64).

28. GARCÍA TREVIJANO, J. A. "Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión", en *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas*, coord. PENDAS, B., Editorial Praxis, S.A., Barcelona 1995, págs. 259-267, afirma que los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación son referibles a todo tipo de contratos, privados o públicos de las administraciones por afectar a la parte separable de la contratación administrativa. Asimismo, el artículo 11 de la LCAP que los recoge es norma básica, lo que comporta que ninguna norma autonómica ni local pueda eliminar la imperativa observancia de tales principios, de forma que sólo el propio legislador estatal podría, mediante una norma básica, excepcionarlos (y además siempre que haya razones justificadas y proporcionadas a la medida, pues de otra forma se vulneraría la normativa comunitaria sobre contratos y la propia Constitución española). Entre las excepciones, podemos citar entre otras, los contratos celebrados por entidades privadas participadas mayoritariamente por otras públicas, los contratos privados de las entidades públicas.

29. NOGUERA DE LA MUELA, B. *El ámbito…, op. cit.,* pág. 147; GIMENO FELIU, J. M.ª. *Contratos…, op. cit.,* pág. 61; BAÑO LEÓN, J. M.ª. "La influencia…", *op. cit.,* pág. 31.

30. GIMENO FELIU, J. M.ª. *Contratos…, op. cit.*, pág. 71.

Por consiguiente, se configura un "recurso de alzada impropio" (donde se puede controlar la objetividad de los criterios, la ponderación de éstos y métodos de valoración empleados) frente a decisiones de entidades privadas, ampliándose el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, y asimismo se consagra la doctrina de los "actos separables" para el supuesto de contratos celebrados por entidades privadas, que por mor de tal precepto verán cómo los actos preparatorios del contrato y el acto de adjudicación podrán se impugnados ante los tribunales de lo contencioso-administrativo. Pues bien, hoy, ello se hace extensible también a las sociedades mercantiles en mano pública sujetas a la LCAP, produciéndose *de facto* una modificación de la LJCA de 1998 y de la LPAC de 1992, para aquellas que deberán motivar la no-adjudicación de un contrato, someterse al régimen de notificaciones y recursos.

Igualmente, se echa en falta una cláusula general en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 que permitiera el enjuiciamiento por los tribunales de lo contencioso-administrativo cuando se tratara de acciones relacionadas con "obras y servicios públicos de toda especie" tal como decía el artículo 3.a) de la Ley jurisdiccional de 1956.

Hoy, a diferencia del decaído Proyecto de la LJCA de 30 de septiembre de 1995 que sí lo recogía, nada dice sobre ello la LJCA de 1998, continuando vigentes regulaciones del tenor del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, donde se habilita al Gobierno para crear determinadas sociedades mercantiles cuyo objeto sea la ejecución y explotación de determinadas obras públicas (carreteras y obras hidráulicas), con la posibilidad expresa de que tal ejecución pudiera llevarse a cabo mediante contratación con terceros o con ayuda de tales contrataciones, que expresamente se someten a ciertas reglas de la contratación pública –capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación (artículo 2 de la LCAP)– e incluso se señala como competente para conocer las cuestiones que se susciten en la preparación y adjudicación de esos contratos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aplicándose así la doctrina de los actos separables,[31] incluyéndose en tal expresión las prescripciones más atrás indicadas en el artículo 2 del TRLCAP.

Dato que también se recoge en el artículo 132.3.3.º de la Ley de aguas de 2001, cuando dispone:

"3. En los contratos que las sociedades estatales a las que se refiere este artículo concluyan con terceros para las construcciones de las obras públicas hidráulicas se observarán las reglas siguientes:

"3.º El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación."

2.3. En relación con la tutela cautelar[32] contractual. El artículo 60 bis del TRLCAP introducido por la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 2003

Como es sabido, la Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 –también el Texto refundido de 1999– se abstuvo de incorporar la Directiva 89/665/CEE, donde se establece un sistema de recursos "rápido y eficaz" que hace hincapié en el establecimiento de medidas provisionales encaminadas a suspender de los procedimientos de adjudicación o de ejecución de decisiones de los poderes adjudicadores, que pudieran estar incursos en alguna infracción de los principios de transparencia y no-discriminación que inspiran la regulación de dichas procedimientos, cuya brevedad, subraya la directiva, es incompatible con la larga duración de los procesos en la vía jurisdiccional.[33]

Pues bien, el legislador español, a resultas de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, y al no estar recogidas las exigencias de tal directiva en nuestras leyes de procedimiento y procesales, ha introducido un nuevo artículo –el artículo 60 bis– en la Ley de contratos de 2000, regulando las "medidas provisionales" en materia de contratación pública, y cuya letra es la siguiente:

31. MARTÍN-RETORTILLO, S. "Comentario del artículo 2", en REDA núm. 100, pág. 85.

32. De gran interés, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla por español*, Madrid 1995; CHINCHILLA MARÍN, C. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid 1993; TORNOS MAS, J. "Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial", en REDA núm. 61; BACIGALUPO, J. *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid 1999; RUIZ PIÑEIRO, F. L. *Las medidas cautelares de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Elcano (Navarra) 2991; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional. Nota última", en REDA núm. 93 (1997); SÁNCHEZ MORÓN, M., LEGUINA VILLA, J., y ORTEGA ÁLVAREZ, L. "¿Parón a la reforma de la justicia administrativa?", en *Otrosí* de octubre de 1996; *Ídem*. "La polémica con el profesor García de Enterría", en *Otrosí* de octubre de 1996; ORTEGA ÁLVAREZ, L., en el prólogo al libro de N. GARRIDO, *El acto de gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español,* Barcelona 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso…, op. cit.*, pág. 646; BAÑO LEÓN, J. M. *Proyecto de ley…, op. cit.*, pág. 69; *Ídem*. "Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa", en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa,* Madrid 1999, pág. 269.

33. TORNOS MAS, J. "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", en RAP núm. 122 (1990), págs. 103 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. "Los obstáculos del acceso a la justicia administrativa", en REDA, núm. 83 (1994), pág. 358; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Jurisdicción contencioso-administrativa", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, págs. 3869-3870; GONZÁLEZ VARAS, S. *El Derecho administrativo..., op. cit.*, págs. 225-226; RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.ª. *Contratos públicos..., op. cit.*, págs. 274 y ss.; GIMENO FELIU, J. M.ª. *El control de la contratación..., op. cit.,* págs. 64 y ss., 83 y ss.; BAÑO LEÓN, J. M.ª. *Proyecto de ley de contratos..., op. cit.,* págs. 68 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1996, págs. 294-297; BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar..., op. cit.*, págs. 85-88.

"1. Los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

"Esta solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente.

"2. Serán órganos competentes para adoptar en su caso, tales medidas provisionales los que lo sean para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase.

"3. El plazo para solicitar la adopción de las medidas citadas será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de diez días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa.

"Contra dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

"4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida."

En principio, podemos afirmar que su redacción, salvo en determinados puntos que después indicaré, responde de forma satisfactoria a lo preceptuado por la Directiva 89/665, aunque también es cierto que incurre en ciertas irregularidades que no son de recibo y a las que me referiré con posterioridad.

En primer término, quiero resaltar que con esta regulación se están "en parte" dotando a los posibles contratistas de mecanismos jurídicos eficaces con los que prevenir posibles disfuncionalidades en los procedimientos de contratación pública.[34]

Así, "en todo caso los licitadores", pero también "los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación", podrán solicitar la adopción de medidas provisionales –preveyéndose por tanto una amplísima legitimación– "para corregir la infracción alegada" (parece que tiene cabida cualquier cuestión sobre el procedimiento elegido, publicidad, respecto a los criterios objetivos de selección…), o "para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación". Un procedimiento de protección cautelar tanto suspensiva como positiva.

Asimismo, se deduce del artículo 60 bis.1 *in fine* que "estas medidas pueden solicitarse con independencia de que se interponga el correspondiente recurso", y en consecuencia pueden acogerse antes de que se interponga cualquier recurso sobre el fondo[35] dando así pleno cumplimiento a la Sentencia de 15 de mayo de 2003 y en concordancia también con la STJCE de 19 de septiembre de 1996 Comisión/Grecia.

En cuanto a quiénes son los órganos competentes para adoptar tales medidas provisionales, señala el artículo 60.bis.2 del TRLCAP que son los que sean –competentes– para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase. Pueden por tanto, darse dos situaciones:

a) Que el órgano que adjudique el contrato sea alguno de los que enuncia el artículo 12 del TRLCAP, es decir, ministros, secretarios de Estado. En tal caso sus actos ponen fin a la vía administrativa, y cabe el recurso de reposición con carácter potestativo. Pues bien, de solicitárseles una medida cautelar ("5 días para solicitarla a contar desde la fecha de la infracción alegada"), aquéllos deberán resolver de forma motivada, en un plazo de diez días, entendiéndose denegada en el su-puesto de no recaer resolución expresa (artículo 60 bis.3 del TRLCAP).

b) En el caso de que sea una sociedad de Derecho privado de las sujetas a la Ley de contratos (es decir "poder adjudicador") la que adjudique el contrato de que se trate, cabe recurso de alzada impropio (disposición adicional 16 del TRLCAP), y en tal supuesto éste lo resolverá el órgano del cual depende la sociedad, al cual está adscrito, que deberá operar en la adopción de la medida cautelar con arreglo a los plazos señalados *supra* (artículo 60 bis.3 del TRLCAP).

En todo caso, no resulta admisible la regulación contenida en el artículo 60 bis.3 *in fine* cuando prevé que "contra dicha resolución" de medidas provisionales "no cabrá recurso, sin perjuicio de las que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal". Tal previsión, además de contravenir el artículo 107 de la Ley de procedimiento administrativo común, no tiene para nada en cuenta la integración de la justicia cautelar en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente.[36]

Finalmente, quisiéramos destacar otra cuestión que también nos parece criticable, como es la relativa a atribuir a un órgano que no es independiente la resolución

34. GIMENO FELIU, J. M.ª. *Contratos públicos..., op. cit.,* pág. 208.

35. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de Derecho administrativo, I,* Madrid 2002, pág. 717.

36. Esta relación de medio a fin existente entre la institución cautelar y el derecho fundamental citado la recordó el Tribunal Supremo en su conocido Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 (también, entre otros, en los posterio-

del correspondiente recurso, la adopción de las medidas cautelares de que se trate, debiéndose en línea con el Derecho comunitario tender a que estos organismos de control tengan tal carácter como mecanismo para una eficaz supervisión de la correcta aplicación de las reglas de la contratación pública.[37]

3. A modo de conclusión

Ciertamente, hoy, a la vista de la nueva regulación contenida en el TRLCAP que ha introducido la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 2003, se ha dado un paso más en aras a conseguir poner freno a la huida de los controles públicos en materia de selección del contratista y de los criterios de adjudicación del contrato. Hoy, los subterfugios formales o nominalistas dejarán de ser la excusa para no cumplir las reglas europeas de la contratación. Hoy, las sociedades mercantiles públicas que sean "poder adjudicador" [artículo 1.b) de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37] deberán someterse a la legislación de contratos. Y, asimismo, les será de aplicación la doctrina de los actos separables (la nueva disposición adicional decimosexta del TRLCAP), previsiones éstas que constituyen normativa básica estatal, resultando consecuentemente cualquier otra ley que la contradiga inconstitucional.

Asimismo, para que el sistema de contratación pública funcione, se requiere la existencia de un sistema eficaz de garantías, de unos mecanismos que permitan la supervisión y revisión de los procedimientos de adjudicación de contratos tanto en el nivel comunitario como en el nacional. Pues bien, en este último, y en relación con las medidas cautelares contractuales previstas en el artículo 60 bis del TRLCAP, estimamos que resultando una mejora respecto de la regulación anterior, continúa contando con ciertas deficiencias, que hacen que no responda plenamente a las exigencias previstas en la Directiva 89/665. ■

res de 17 y 23 de abril, de 16 de julio y de 19 de diciembre de 1995, etc.), afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la CE "implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar". Y la ha afirmado el Tribunal Constitucional, básicamente en sus sentencias 14/1992, de 10 de febrero ("[...] la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medias cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida queda –contra lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución– desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órganos jurisdiccional en su momento"), y 148/1993, de 29 de abril ("[...] de este mismo derecho fundamental –a la tutela judicial efectiva– deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medias cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso [...]", "[...] importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser la adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue [...]").

37. GIMENO FELIU, J. M.ª. *Contratos…, op. cit.*, pág. 207.

ESTUDIOS

QDL

El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores[1]

Ángeles de Palma
Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. El modelo constitucional de protección a los menores. La responsabilidad de la familia y los poderes públicos.
2. El derecho de los menores a la protección pública.
2.1. El estatus o posición jurídica de los menores. 2.2. El derecho de los menores a recibir asistencia y protección de las administraciones públicas.
3. Principios rectores de la actuación pública en materia de menores.
3.1. El alcance general de la protección pública a los menores. El principio de igualdad. 3.2. El interés superior del menor. 3.2.1. El interés superior del menor en nuestro ordenamiento jurídico. 3.2.2. La determinación del interés superior del menor. 3.3. La obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten. La audiencia del menor. 3.4. El principio de integración y reintegración familiar corolario del derecho del menor a vivir y relacionarse con la familia. El carácter gradual y flexible de la intervención administrativa. 3.5. La prioridad presupuestaria.
4. La protección de los menores en situación de riesgo, desamparo y conflicto social. El papel de las administraciones locales.
4.1. Los menores en situación de riesgo. La asistencia y protección a los menores por las administraciones locales. La coordinación con la Administración autonómica. 4.1.1. Caracterización legal de la situación de riesgo. 4.1.2. La actuación administrativa protectora: detección, prevención e intervención socio-familiar. 4.1.3. La Administración competente para actuar en situaciones de riesgo. La colaboración y coordinación interadministrativa. 4.2. Los menores en situación de desamparo. La tutela de las administraciones autonómicas. La colaboración con las administraciones locales. 4.3. La atención a los menores en situación de conflicto social. 4.3.1. Caracterización legal de la situación de conflicto social. 4.3.2. La actuación administrativa protectora-reformadora. Las administraciones competentes. 4.4. A modo de conclusión. La relevancia de la actuación de las administraciones locales en la protección de los menores.
5. El control de la Administración en materia de protección de menores.
5.1. La intervención del Ministerio Fiscal. Las actuaciones procesales y extraprocesales. 5.1.1. Las actuaciones extraprocesales. La función del fiscal de control o vigilancia de la actuación administrativa protectora. 5.1.1.1. El control de las decisiones administrativas en materia de protección de menores. La notificación al fiscal de las resoluciones administrativas. 5.1.1.2. El control de la actividad administrativa protectora. En especial, el control de las funciones tutelares. 5.1.2. Las actuaciones procesales. La impugnación judicial de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y las actuaciones frente a la inactividad de la Administración. 5.1.2.1. La promoción de la modificación, la suspensión o el cese de las medidas administrativas de protección. 5.1.2.2. La actuación del Ministerio Fiscal frente a la inactividad de la Administración. 5.2. La cuestión del orden jurisdiccional competente para conocer los recursos contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 5.3. El control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el orden jurisdiccional civil. El procedimiento previsto en los artículos 779 y 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

1. El presente trabajo se enmarca en un estudio más amplio que actualmente realizo en la Universidad de Barcelona. La materia es relativamente novedosa y, mucho más, su análisis desde la perspectiva del Derecho administrativo. Por ello, el contenido no tiene un carácter definitivo y cerrado, queda abierto al contraste con la experiencia de las administraciones y los tribunales. De forma que agradecería a todos aquellos que desde la práctica cotidiana se enfrentan a los problemas que plantea la actuación de las administraciones en este ámbito sus aportaciones, sugerencias, críticas, puntos de vista. El diálogo entre todos los operadores jurídicos permitirá, en última instancia, garantizar una más eficaz actuación administrativa en materia de protección de menores. De forma que quedo a disposición de todos los que deseen contactar conmigo en la dirección de correo electrónico depalma@ub.edu.

En nuestro sistema jurídico, la infancia se ha examinado tradicionalmente desde la perspectiva del Derecho privado. La protección de los menores se ha enmarcado por lo general en el Derecho de familia. Por otra parte, también es por todos conocida la responsabilidad penal de los menores, tan cuestionada en los últimos tiempos. Sin embargo, poco se conoce de la actividad encomendada a las administraciones públicas para la protección de los menores. Esta materia prácticamente no ha sido hasta ahora examinada desde la perspectiva del Derecho administrativo. No obstante, como no podía ser de otro modo en un Estado que la Constitución califica como "social", cada vez son mayores las funciones atribuidas a las administraciones públicas en materia de asistencia y protección de los menores en situación vulnerable. Pues bien, precisamente este estudio tiene por objeto examinar el papel que la ley atribuye a las administraciones públicas en la protección de los menores.

En particular, se tratará de subrayar el destacado protagonismo que deben desempeñar las administraciones locales. Nuestro ordenamiento, como veremos, encomienda a las administraciones autonómicas asumir la tutela de los menores desamparados. En defecto de padres o tutores, generalmente serán las administraciones autonómicas las legalmente responsables de la guarda del menor. Por ello, podría pensarse que son los principales actores de la actividad administrativa protectora. Sin embargo, ello no es así, ya que la función principal de las administraciones públicas será, precisamente, prevenir las situaciones de desprotección que hagan necesaria la intervención subsidiaria de las administraciones públicas. Pues bien, esta tarea corresponde principalmente a las administraciones locales. La función de detectar, prevenir, valorar e intervenir en situaciones de riesgo que podrían derivar en una situación de desamparo corresponde, de forma general, a las administraciones locales.

Por otra parte, como se ha dicho, es de todos conocida la polémica acerca de la conveniencia de modificar la Ley de responsabilidad penal de los menores para endurecer las penas. Sin embargo, el verdadero reto que deben asumir los poderes públicos en un Estado calificado como social es prevenir y evitar la delincuencia infantil. Es hora de que el eje de la intervención pública deje de ser la "infancia peligrosa" para pasar a ser la "infancia en peligro". Debe decirse que en las diversas leyes de protección de menores va siendo contemplado un nuevo ámbito de intervención administrativa dirigido, precisamente, a evitar la marginación social y, en última instancia, la delincuencia de los menores: los denominados "menores en conflicto social". Pues bien, en este ámbito también deberán desempeñar un papel esencial las administraciones locales, dada su mayor proximidad al ámbito familiar y social.

En definitiva, en la medida que las políticas públicas de protección a la infancia deberán tener como prioridad la detección y prevención de las situaciones de riesgo o conflicto social de los menores, las administraciones locales habrán de tener un protagonismo esencial. Los servicios sociales generales o de atención primaria constituyen la principal vía para detectar, prevenir, valorar e intervenir en las situaciones de riesgo de los menores con el fin de evitar situaciones de desamparo o inadaptación social.

1. El modelo constitucional de protección a los menores. La responsabilidad de la familia y los poderes públicos

La aprobación de la Constitución y el modelo social de Estado acogido por la misma determinó un nuevo marco jurídico-político de protección de la infancia. Este nuevo marco vendría delimitado fundamentalmente por el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad (artículo 14), el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (artículo 39.3), la obligación de los poderes públicos de brindar protección integral a la familia y a los hijos (artículo 39.1 y 2) y, sobre todo, el reconocimiento a los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (artículo 39.4).

El artículo 39 de la Constitución dispone lo que sigue:

"1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

"2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

"3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

"4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."[2] El texto constitucional acoge un sistema de protección de menores calificado por la doctrina como *sistema mixto,* ya que se basa en la colaboración entre el ámbito de lo público y lo privado. Las responsabilidades se comparten entre la familia y los poderes públicos.[3] El ci-

2. La Constitución republicana de 1931 fue la primera que contempló la protección pública de la infancia. El artículo 43 sería el precedente del actual artículo 39, y establecía lo que sigue: "La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado [...]. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución [...]. El Estado prestará asistencia los enfermos y ancianos y protección a la maternidad y a la infancia haciendo suya la Declaración de Ginebra o tabla de los derechos del niño."

3. *Vid.* ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 33, 67, 222 y 223.

tado artículo 39 de la Constitución atribuye tanto a los padres como a los poderes públicos la responsabilidad de prestar asistencia y protección a los menores y, en definitiva, asegurarles el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad.

Por un lado, los poderes públicos tienen la responsabilidad de diseñar y aplicar una política para la infancia que asegure la protección integral de los menores. A tal efecto, las administraciones deberán asegurar a los menores el disfrute de los derechos que nuestro ordenamiento les reconoce y arbitrar la asistencia y protección necesaria, tanto en los aspectos personales como sociales, en el ámbito de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo o el ocio.[4] Para ello deberán actuar en particular a través del sistema sanitario, educativo o de servicios sociales de responsabilidad pública.

Por otra parte, nuestro ordenamiento encomienda a los padres la obligación de prestar en el seno de la familia determinadas funciones asistenciales en interés de los menores. El citado artículo 39 de la Constitución establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Este mandato se concreta en los deberes y facultades que derivan de la patria potestad, en especial las obligaciones de carácter personal inherente a la guarda: "[...] velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral" y "representarlos y administrar sus bienes".[5]

Por tanto, como vemos, la responsabilidad de brindar asistencia y protección a los menores se comparte entre la familia y los poderes públicos. La familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor, de su crianza y formación. En primer lugar, corresponde a los padres o tutores velar por los menores, cumplir las obligaciones legales inherentes a la guarda. Sin embargo, las administraciones públicas no son ajenas a esta tarea privada. En consideración a la importancia de las funciones legales atribuidas a la familia respecto a los menores, la propia Constitución encomienda a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1). Por tanto, las administraciones públicas deben colaborar con la familia con el fin de favorecer y hacer posible en todo caso el cumplimiento de sus responsabilidades respecto a los menores.[6]

Por otra parte, las administraciones públicas, además de colaborar con la familia en el ejercicio de sus funciones de asistencia y protección de los menores, están obligadas a velar porque los padres u otros responsables del menor cumplan debidamente sus deberes legales de guarda. De manera que cuando las administraciones constatan que el menor padece una situación de riesgo o posible desamparo deberán intervenir y brindar al menor la protección necesaria.[7]

Por tanto, las administraciones públicas competentes deberán, en primer término, colaborar con las familias. Asimismo, deberán velar o controlar que los responsables del menor cumplan debidamente sus deberes legales de protección. Por último, en caso de falta o indebido cumplimiento de estos deberes de protección, las administraciones competentes intervendrán de forma subsidiaria, a través de los servicios de protección de menores, para garantizar a los menores el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad.[8] La acción administrativa protectora se guía por el principio de subsidiariedad progresiva, esto es, el alcance e intensidad de la intervención de las administraciones públicas vendrá condicionado por el grado de desatención o desprotección que sufra el menor en el seno de su familia.

4. En Cataluña, ver los artículos 17 a 49 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes.

5. Artículo 154 del Código civil y, en Cataluña, artículo 143.1 y artículo 145 del Código de familia.

6. La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispone en su artículo 12.2 que "los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán los servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor". En Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, en su artículo 17 establece que "la responsabilidad primordial en la crianza y formación del menor corresponde al padre y a la madre o a las personas cuya guarda tienen atribuida [...]. Los padres, tutores o guardadores deben asegurar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de los niños y los adolescentes". Sin embargo, el propio precepto impone a las administraciones públicas la obligación de colaborar en esta tarea. Así, el citado artículo 17 establece que "las administraciones públicas deben velar [...] para que los padres, tutores o guardadores dispongan de los medios de información y formación adecuados para ayudarlos a cumplir sus responsabilidades hacia los niños y los adolescentes".

7. En Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, dispone en su artículo 20, bajo el título "Intervención de las administraciones públicas", que "para asegurar el pleno goce del derecho a la crianza y formación del niño y el adolescente, en defecto de los padres, tutores o guardadores, corresponde a las administraciones públicas el ejercicio de las funciones de protección y asistencia". Con posterioridad, ha sido dictada la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, que en su artículo 28.3 establece que "La Administración de la Generalitat debe fomentar, complementar y sustituir, cuando sea preciso, en situaciones de desamparo, el papel de la familia como factor fundamental y medio natural para el desarrollo de los niños y adolescentes, tanto asegurando su subsistencia como poniendo a su disposición los aprendizajes básicos para su futuro desarrollo autónomo en la sociedad. En consecuencia, deben ser objeto de atención especial las situaciones familiares especiales que pueden agravar la vulnerabilidad general de los niños y adolescentes".

8. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) establece en su artículo 19 que los estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas "para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

2. El derecho de los menores a la protección pública

2.1. El estatus o posición jurídica de los menores

El nacimiento determina la personalidad (artículo 29 del Código civil) y, en nuestro ordenamiento, toda persona goza de capacidad jurídica, esto es, capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Por tanto, los menores gozan de capacidad plena para ser titulares de derechos. Sin embargo, dada su condición de personas en desarrollo no tienen reconocida plena capacidad para ejercer por sí mismos sus derechos. Ahora bien, la falta de plena capacidad de obrar de los menores para ejercer todos sus derechos no supone una merma de la eficacia de los mismos. Esta falta de capacidad de obrar supone simplemente que el menor deberá hacer efectivos sus derechos a través de un tercero cualificado por su posición de garante o protector, ya sean padres, tutores o autoridades públicas.

En la actualidad, el estatus del menor se caracteriza por el pleno reconocimiento de la titularidad de derechos y de una *capacidad progresiva* para ejercitarlos. Ello no siempre ha sido así, la perspectiva tiempo atrás acogida era la de las prerrogativas atribuidas a los padres como social y jurídicamente responsables del menor. Sin embargo, en la legislación postconstitucional los menores de edad tienen la consideración de sujetos de derechos, sujetos activos y participativos, con capacidad progresiva para protagonizar su propia existencia, para decidir sobre sus necesidades.[9]

Así, los menores son titulares de derechos y obligaciones y, de modo destacado, los derechos y deberes fundamentales reconocidos en las normas que configuran el denominado *estatuto jurídico indisponible de los menores*. En efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), la Carta Europea de los Derechos del Niño (aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de junio de 1992) y la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, constituyen "el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 de la CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos" (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). La naturaleza de *orden público* de las referidas normas explica y justifica que tanto el legislador estatal como los autonómicos hayan dispuesto que las normas relativas a los menores deberán interpretarse conforme a las normas que configuran dicho *"estatuto jurídico indisponible"*.[10]

Por otra parte, los derechos que nuestro ordenamiento reconoce a los menores corresponden a *todos* los menores que residan o se hallen transitoriamente en territorio español, con independencia de cualquier consideración o circunstancia como el origen, raza, nacionalidad o si tiene o no la residencia legal.[11] De entre estos derechos debe destacarse el derecho de los menores en situación de vulnerable a recibir asistencia y protección de las administraciones públicas competentes que, por supuesto, también corresponde a los menores inmigrantes no acompañados. El derecho de los menores a la protección pública se dirige precisamente a garantizarles el goce de todos sus derechos y con ello el pleno desarrollo de su personalidad.

2.2. El derecho de los menores a recibir asistencia y protección de las administraciones públicas

Con el fin de garantizar la plena eficacia del contenido de los derechos de los menores, nuestro ordenamiento arbitra un conjunto de instituciones de protección, tanto de carácter privado como público. La patria potestad y la tutela civil constituyen instituciones jurídico-privadas a través de las cuales se impone a los padres o tutores la obligación legal de garantizar a los menores el pleno disfrute de sus derechos y el desarrollo de su per-

9. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398) se afirma que "en nuestro Derecho actual no se concibe ya la patria potestad como un puro y simple derecho de los padres sobre los hijos, sino más bien como una función compleja que la ley encomienda al progenitor en beneficio del hijo, integrada por una serie de facultades y deberes y en la que aquéllas no son otra cosa que el medio para procurar el cumplimiento de éstos".

10. Artículo 3 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; en Cataluña, artículo 4 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes. Así, de entre los derechos atribuidos a los menores por las citadas normas destacaremos algunos de los más importantes reconocidos por la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 que, debe recordarse, están protegidos por la propia Constitución (artículo 39.4): el derecho a la vida (artículo 6), el derecho a la protección pública (artículos 3.2, 20, 32, 33, 34, 36, 39, entre otros), el derecho a un nombre y nacionalidad (artículo 7), el derecho a preservar su identidad (artículo 8), el derecho a la vida familiar (artículos 5, 7, 9 y 10), el derecho a ser escuchado en todos los asuntos que le afecten (artículo 12), el derecho a la libertad de expresión (artículo 13), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (artículo 14), el derecho de asociación y reunión (artículo 15), el derecho a la salud (artículo 24), el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social (artículo 26), el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27), el derecho a la educación (artículos 28 y 29), el derecho a la libertad (artículo 37), el derecho a la libertad religiosa (artículo 39), el derecho a tener su propia vida cultural y practicar su idioma (artículo 30), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 40), y el derecho al juego (artículo 31).

11. Artículo 2.1 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 en relación con el artículo 39.4 de la Constitución, y el artículo 3 en relación con el artículo 1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Por lo que se refiere al reconocimiento de estos derechos a los menores extranjeros que no residan legalmente ver, asimismo, el artículo 10.3 y 4 de la citada ley orgánica.

sonalidad. Ahora bien, los poderes públicos, como se ha dicho, no son ajenos a esta tarea. El ordenamiento jurídico impone a los poderes públicos la obligación de colaborar con los padres o tutores y velar por el debido cumplimiento de sus deberes legales de protección. Pero, además, se contemplan un conjunto de instituciones jurídico-públicas (de forma destacada la tutela administrativa y la guarda administrativa) a través de las cuales las administraciones públicas competentes deberán actuar de forma subsidiaria para garantizar la protección de los menores en caso de que los padres o tutores privados –por las razones que fueran– no cumplan debidamente sus obligaciones legales de protección.

Así, el derecho básico de los menores de edad es el de ser atendidos conforme a su personalidad y a que se les garantice el disfrute de sus derechos. Nuestro ordenamiento reconoce a los menores el derecho a una crianza y formación que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad.[12] En primer término, este derecho deberá hacerse efectivo a través de la patria potestad o la tutela privada. Así, corresponde a los padres o las personas que tengan atribuida la guarda de los menores garantizar el disfrute de este derecho. Sin embargo, las administraciones públicas competentes deben colaborar y supervisar el debido cumplimiento de las funciones privadas protectoras. En caso de falta o deficiente cumplimiento de dichas funciones por parte de los padres o guardadores, corresponde a las administraciones públicas intervenir de forma subsidiaria (subsidiariedad progresiva) para asegurar a los menores la necesaria asistencia y protección.[13]

En efecto, nuestro ordenamiento reconoce expresamente a los menores el derecho a recibir de las administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto. Por consiguiente, las administraciones públicas competentes tienen la obligación de hacer efectivo este derecho brindándoles la asistencia necesaria. La propia Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que los menores, para la defensa y garantía de sus derechos, pueden solicitar de las administraciones públicas los recursos sociales disponibles y, en particular, protección y tutela a la Administración pública competente [artículo 10.1 y 2.a) y d]. La tutela y la guarda administrativa son las instituciones jurídico-públicas a través de las cuales las administraciones se hacen responsables de aquellos deberes legales de protección que en primer término tienen atribuidos los padres o tutores privados. Ahora bien, la acción protectora de las administraciones públicas deberá dirigirse en primer término a detectar y prevenir las situaciones de desprotección o marginación que perjudiquen el desarrollo personal o social menor. Por ello, es fundamental la actividad administrativa de detección, prevención e intervención en situaciones de riesgo o exclusión social que podrían conducir a una situación de desamparo o, en su caso, a la delincuencia infantil.

Por otra parte, para hacer realmente efectivo el derecho de los menores a ser protegidos por las administraciones públicas es preciso garantizar que los menores puedan dirigirse a las administraciones en demanda de la asistencia que precisen. A tal efecto, las administraciones competentes deberán establecer los medios y sistemas para que el propio menor pueda exponer su situación personal, con garantía de confidencialidad, atención inmediata y activación de los dispositivos y recursos específicos precisos.[14]

3. Principios rectores de la actuación pública en materia de menores

De nuestro ordenamiento jurídico derivan una serie de principios generales y directrices que rigen la actuación de los poderes públicos en materia de menores.

3.1. El alcance general de la protección pública a los menores. El principio de igualdad

El derecho de los menores a la protección pública tiene un alcance general, se extiende a *todos* los menores que se encuentren en el territorio español. En España *todos* los menores gozan de los derechos y la protección que les reconoce la Constitución, los tratados internacionales de los que España sea parte –en especial, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas–y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, *sin ningún tipo de discriminación*, por razón de nacimiento, sexo, raza, nacionalidad, o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social; así lo establece expresamente

12. Artículo 154 del Código civil, y en Cataluña artículo 133 del Código de familia, y artículo 5 de la Ley 8/1995, de 27 de julio.

13. En Cataluña, artículos 97 y 20 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes.

14. Así lo establece expresamente la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia [artículo 11.a)]. De forma similar, la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (artículo 8.3). En algunas comunidades autónomas, se ha creado el "teléfono de la infancia" como vía a través de la cual denunciar situaciones de desprotección. En Cataluña, el teléfono de la infancia (900 300 777) es gestionado por la ACISJF (Asociación Católica Internacional de Servicios a la Juventud Femenina), que tiene suscrito un convenio de colaboración con la Administración autonómica. Además, también existe un teléfono de la infancia en las comunidades de Madrid, Valencia, Andalucía y Castilla-La Mancha. Por otra parte, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que el menor podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que atentan contra sus derechos; también podrá plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo (artículo 10.2).

15. En Cataluña, artículos 7 y 1 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes.

la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (artículo 3 en relación con el artículo 1).[15]

La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 dispone en su artículo 2.1 que los estados partes deberán respetar y asegurar a los menores los derechos reconocidos por la Convención "sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

Por tanto, los derechos que la Convención atribuye a los menores corresponden también a los que residan ilegalmente en el territorio de un Estado parte.[16] Además, debe tenerse en cuenta que, en nuestro ordenamiento, la protección de estos derechos viene garantizada por nuestra norma suprema (artículo 39.4 de la Constitución). Por tanto, los poderes públicos deben garantizar a *todos* los menores los mismos derechos sin ningún tipo de discriminación. Por supuesto, también y, de forma especial, el derecho a la asistencia y protección en caso de necesidad, ya que este derecho constituye una garantía para el disfrute de todos los demás.[17] De forma que a estos efectos sería indiferente que los menores tengan residencia legal en el territorio del Estado. En nuestro ordenamiento, los poderes públicos tienen encomendado brindar asistencia y protección a *todos* los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de su origen, nacionalidad o cualquier otra circunstancia.[18]

En consecuencia, a la vista del ordenamiento vigente, en ningún caso estaría justificado que las administraciones brinden un trato diferente a los menores nacionales o los que tienen la residencia legal y a los menores inmigrantes no acompañados (MEINA). Todos ellos son titulares de los derechos que forman parte del estatuto indisponible del menor y todos ellos tienen derecho a recibir de las administraciones competentes el mismo nivel de asistencia y protección. En otro caso, se estaría produciendo una vulneración de un derecho fundamental, por tanto, susceptible de amparo constitucional (artículo 14 en relación con el artículo 39.4 de la Constitución).

3.2. El interés superior del menor

3.2.1. El interés superior del menor en nuestro ordenamiento jurídico

El interés superior del menor constituye el principio básico de todo el Derecho relativo a los menores. Este principio rector es, precisamente, el que permitiría calificar el Derecho de menores como un Derecho estatutario, en atención a la especial protección que el ordenamiento les brinda en todos los ámbitos y el que explica que todas las instituciones y los instrumentos jurídicos sufran modulaciones ante la presencia de un menor. En todas las decisiones relativas a los menores deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir. Según afirman los tribunales, "dicha primacía del interés del menor sobre cualquier otro derecho o expectativa legítima que pudiera tenerse con relación a él se enmarca dentro del principio general de protección a la infancia que debe inspirar toda la legislación en relación con los menores, a tenor del artículo 39 de nuestra Constitución". Así, el propio Tribunal Supremo ha declarado que el principio del interés superior del menor supone que las normas jurídicas deben interpretarse en la línea de favorecer al menor.[19]

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, establece que "en *todas* las medidas concernientes a los niños que tomen *las instituciones públicas o privadas de bienestar social*, los tribunales, *las autoridades administrativas* o los órganos legislativos, *una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño*" (artículo 3.1).[20] Así, en la medida que nuestra Constitución reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos –de forma especial la referida Convención– el principio del interés superior del menor adquiere rango constitucional (artículo 39.4).[21]

16. En el curso de la elaboración de este precepto, el representante de Estados Unidos presentó una enmienda en virtud de la cual los derechos de la Convención sólo se aplicarían a los niños que vivieran de forma legal en el territorio de un Estado. Sin embargo, esta enmienda fue rechazada. *Vid.* ÁLVAREZ VÉLEZ, M.ª Isabel, *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español,* Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pág. 84, nota 16.

17. Artículos 10, 12, 14, 17 y 18 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

18. Sin embargo, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las observaciones finales (CRC/C/15/Add. 185, de 7 de junio 2 de 002), realizadas a la vista del segundo informe periódico presentado por España, manifiesta su preocupación porque el principio de no-discriminación no se aplica plenamente, en especial en el caso de los hijos de inmigrantes ilegales y los menores no acompañados. Por ello, el Comité exige que en el próximo informe periódico se incluya información específica sobre las medidas y programas que sean relevantes para la Convención de los Derechos del Niño que haya adoptado España para cumplir con la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia e Intolerancia 2001.

19. STS de 20 de abril de 1987 (Aranzadi 2727); ver, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398); Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero de 1996 (AC 1886/375).

20. Por otra parte, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992), dispone en su punto 8.14 que "toda decisión *familiar*, administrativa *o judicial*, en lo que se refiere al niño deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses".

21. Según se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997/1532), "el principio del interés del menor debe pre-

Así, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ha establecido que en su aplicación "primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (artículo 2).[22] Este precepto establece una norma para la resolución de los conflictos que pudieran plantearse al concurrir el interés superior del menor con otros intereses igualmente legítimos, ya sean los intereses privados de padres, tutores o familiares como otros intereses públicos también objeto de protección.[23]

Los tribunales, en el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de mayo de 2001 (JUR 2001/303272), declaran que "*el principio del interés del menor* recogido en los convenios internacionales y en nuestro Derecho positivo, no es una mera declaración programática, sino que constituye la *finalidad legal de la actuación pública* y causa de los correspondientes actos administrativos –se refiere el Tribunal a la resolución administrativa de declaración de desamparo–; este principio debe primar siempre sobre el interés de padres, abuelos o guardadores".[24]

3.2.2. La determinación del interés superior del menor

Por tanto, el *interés superior del menor* constituiría uno de los principios generales del Derecho que informa nuestro ordenamiento. Principio que ha sido expresamente recogido por nuestro Derecho positivo al más alto rango y constituye un mandato para sujetos públicos y privados. Ahora bien, ninguna de las normas jurídicas que proclaman este principio establecen en qué consiste el interés del menor. Estamos ante un concepto normativo indeterminado que debe ser precisado en el momento de su aplicación por las autoridades públicas o personas privadas encargadas de proteger y asistir a los menores, tras escuchar a los mismos.[25]

Así, en la medida que –como se ha dicho– el "interés superior del menor" constituye un concepto jurídico indeterminado, será conveniente realizar una radiografía del mismo con el fin de intentar precisar su contenido. Pues bien, en la estructura de todo concepto jurídico indeterminado se distingue: un núcleo fijo o zona de certeza positiva, en la que es seguro que nos movemos dentro del concepto; una zona de certeza negativa también segura en cuanto a la exclusión del concepto, y una zona intermedia o de incertidumbre.[26] Por tanto, ahora se trata de identificar el contenido del concepto "interés superior del menor" en cada una de sus zonas.

En primer lugar, la zona de certeza positiva del concepto nos indica que cuando concurren unas determinadas circunstancias es seguro que se respeta el interés del menor. Pues bien, así sucede cuando observamos que el menor tiene plenamente garantizados los derechos que el ordenamiento les reconoce. Por tanto, las administraciones públicas al adoptar una concreta decisión respecto a un menor deberán considerar si queda garantizado el desarrollo libre, integral y armónico de la personalidad del menor y, en consecuencia, el pleno goce de los derechos que nuestro ordenamiento le atribuye.[27] En definitiva, el interés del menor requiere, en primer término, garantizar la protección de sus derechos fundamentales y los bienes y valores que los mismos encarnan: su dignidad, el respeto a su libertad, su derecho a la educación, a la salud, en definitiva, el pleno desarrollo de su personalidad. Este constituiría el núcleo fijo o zona de certeza positiva del concepto normativo indeterminado.

Por el contrario, todas aquellas circunstancias que suponen una lesión o menoscabo de los derechos fundamentales de los menores se situarán en la zona de certeza negativa del concepto "interés del menor". Además, el propio legislador nos indica una serie de situaciones que son contrarias a dicho interés, en la medida que son constitutivas de una situación de riesgo, desamparo o conflicto social. Está claro que quedan excluidas del concepto todas aquellas circunstancias que los propios legisladores han establecido –como veremos– que caracterizan cada una de estas situaciones. Así, una vez excluida la zona de certeza negativa, aquella en la que es seguro que desaparece todo interés para el menor, nos queda por delimitar la zona intermedia o de incertidumbre del concepto.

sidir cualquier resolución conforme al Derecho tradicional y a la actual legislación en la que se ha acentuado, aún más, ese principio fundamental del *favor minoris*, consagrado solemnemente en el artículo 39 de la CE y sancionado en convenios internacionales (Nueva York 1990 –se refiere a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño–) en los que el interés superior del menor es también una constante plenamente afianzada".

22. Asimismo, en Cataluña, el Parlamento ha declarado que "la protección de la infancia debe basarse en el *interés superior del niño* y fundamentarse en los principios de la libertad y la dignidad de éste y en el respeto a sus señas de identidad y a sus características individuales y colectivas". Con posterioridad, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, bajo el título *el interés superior del niño y el adolescente*, establece en su artículo 3 que "el interés superior del niño y el adolescente debe ser el principio inspirador de las actuaciones públicas y *las decisiones y actuaciones que les conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los padres, tutores o guardadores,* las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerles y asistirles o por la autoridad *judicial* o administrativa".

23. *Vid.* VARGAS CABRERA, Bartolomé, "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor" en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de La Coruña, 1999, pág. 15.

24. Ver, asimismo, entre muchas otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1992 (AC 1992/1326), y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de junio de 1992 (AC 1992/894).

25. *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor,* Dykinson, Madrid, 2000, págs. 54 y 57.

26. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 10.ª ed., 2000, pág. 460.

27. Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio de 2002, FD tercero (AC 2002/1156).

Pues bien, en esta zona de incertidumbre es donde el aplicador de la norma deberá buscar la decisión más adecuada al caso concreto en consideración a las circunstancias concurrentes, condiciones que deberán ser debidamente valoradas a la hora de precisar aquello que sea más oportuno para el *interés* de *ese* menor. Esta labor la deberá realizar, en cada caso, la persona a la que el ordenamiento encomienda actuar en interés del menor y, claro está, la decisión final queda sometida a un posterior control judicial.[28]

Así, la Administración competente, en el momento de acordar la medida de protección más adecuada para un menor y, en concreto, al determinar la aplicación de medidas que comportan la separación del menor de su familia, deberá valorar y ponderar, por un lado, el derecho del menor a vivir con su familia y, por otro, el perjuicio o menoscabo que el disfrute de este derecho pudiera provocar sobre otros derechos del menor y, en especial, en el pleno desarrollo de su personalidad.[29]

Así, cuando se deba adoptar una decisión relativa a los menores será necesario buscar el interés del concreto menor en aquella determinada situación. Además, en su condición de personas en desarrollo, deberá considerarse no sólo el interés presente sino también el futuro, de forma que quede debidamente garantizado el *desarrollo* de la personalidad del menor.[30]

Por otra parte, según establece el legislador, en la determinación del interés del menor deberán tenerse en cuenta sus opiniones y anhelos. El propio menor debe participar en la concreción de cuál sea su *interés.* Ello no significa que se delegue en el menor la adopción de la decisión que más le conviene. El interés del menor no tiene forzosamente que coincidir con los deseos expresados por él mismo.[31] El valor y trascendencia que deba darse a las opiniones y deseos del menor dependerá, en cada caso, de su grado de discernimiento y madurez. Por ello, en ocasiones será conveniente la colaboración de especialistas que ayuden a determinar cuáles son verdaderamente los anhelos e intereses del menor.

3.3. La obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten. La audiencia del menor

La condición que tienen los menores de personas en desarrollo que adquieren de forma progresiva plena capacidad para actuar todos sus derechos está estrechamente vinculada con el derecho que el propio ordenamiento les reconoce a ser escuchados para adoptar cualquier decisión que les afecte.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece en su artículo 12 que: "1. Los estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

"2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en *todo procedimiento* judicial o *administrativo* que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."[32]

Así, como no podía ser de otro modo, tanto la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como las diversas leyes autonómicas sobre protección de menores, reconocen expresamente el derecho de los menores a ser escuchados en todos los procedimientos que conduzcan a una decisión que les afecte. El artículo 9.1 de la citada ley orgánica establece que "el menor tiene *derecho a ser oído*, tanto en el ámbito familiar como *en cualquier procedimiento administrativo* o judicial en que esté directamente implicado y *que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*". El propio precepto añade en el apartado 3 que "cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, *la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos*".[33] Este precepto tiene carácter de ley orgánica y, como vemos, no establece límite alguno para el ejercicio del derecho del

28. *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor,* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 108 y ss.

29. En la STC 141/2000, de 29 de mayo (FJ 5), el Tribunal Constitucional ha declarado que "sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el 'superior' del niño (STC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo, y 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)".

30. Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio de 2002, FD tercero (AC 2002/1156).

31. Así lo ha afirmado expresamente el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 15 de octubre de 2001 (AC 2001/2216).

32. Este derecho se reconoce, asimismo, en la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992 (artículo 8.14).

33. Según afirma el propio legislador en la exposición de motivos de la citada ley, "el concepto *ser escuchado si tuviere suficiente juicio* se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos [...]. El ordenamiento jurídico, y esta ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás".

menor a ser escuchado y la consiguiente obligación de las administraciones públicas de darle audiencia en los procedimientos tramitados para adoptar una decisión que le afecte.[34]

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las administraciones públicas que tramitan un concreto procedimiento administrativo deberán dar audiencia a todos los interesados, también cuando éstos sean menores, al efecto de que éstos puedan examinar el expediente y realizar las alegaciones que estimen convenientes.[35] La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), también reconoce capacidad de obrar ante las administraciones públicas a "los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela" (artículo 30).[36] Ahora bien, teniendo en cuenta las particulares características de estas personas, deberán ser especialmente informados y asesorados acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan y de los derechos que les asisten [artículo 35.g) de la LRJPAC].

La necesaria audiencia al menor es expresión del respeto a la personalidad del menor que nuestro ordenamiento establece. Por ello, las administraciones públicas deberán informarles acerca de la situación y escuchar su opinión antes de adoptar una decisión que les afecte. Es importante destacar el derecho de los menores a ser escuchados ya que en muchos casos la instrucción del procedimiento administrativo en materia de protección de menores está encomendada a profesionales de áreas no jurídicas que desconocen los derechos que configuran el estatuto jurídico de los menores y los principios que rigen la actuación administrativa en esta materia. Por otra parte, es evidente que para que los menores puedan manifestar sus deseos y anhelos es fundamental informarles previamente de las circunstancias que deberán tener en cuenta. Por otra parte, no será suficiente con limitarse a oír al menor, es necesario *escucharle*, lo que requiere intercambiar impresiones y argumentos, debatir con el menor. La finalidad es adoptar la decisión que, en el caso concreto, resulte más satisfactoria para el interés del menor.

En consecuencia, las normas procedimentales, ya sea en el ámbito administrativo o judicial, deben prever la audiencia del menor, respetando así el derecho de los menores a ser escuchados en todos aquellos procedimientos que les afecten. La falta de audiencia a los menores comportaría la nulidad de las actuaciones.[37]

3.4. El principio de integración y reintegración familiar corolario del derecho del menor a vivir y relacionarse con la familia. El carácter gradual y flexible de la intervención administrativa

El derecho que asiste a los menores a vivir con su familia y, en su caso, a mantener relaciones con la misma debe orientar la actuación de los poderes públicos. Así resulta expresamente de la normativa internacional sobre los derechos de los menores acogida por nuestro legislador –tanto el estatal como los autonómicos– y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de nuestros tribunales nacionales.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 establece en su artículo 9.1 que "Los estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". En el apartado 3 de dicho precepto se añade que "los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".[38]

34. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002 (JUR 2002/185690), el tribunal advierte que "conforme al artículo 9 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, éste tiene *derecho a ser oído* tanto en el ámbito familiar como en cualquier *procedimiento administrativo* o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, *y ello sin la limitación establecida en el Código civil relativa a la obligatoria audiencia a los menores una vez superados los doce años*". El propio tribunal advierte que la falta de audiencia conduce a la nulidad del procedimiento. Ver, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero de 1996 (AC 1996/375).

35. Artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC).

36. Debe tenerse en cuenta que la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en su artículo 10 reconoce a los menores el derecho a recibir la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos y, en concreto, la posibilidad de solicitar protección y tutela a las administraciones públicas. Asimismo, en Cataluña, ver el artículo 11 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes.

37. En la STC 143/1990, de 26 de septiembre, el Tribunal afirma, con relación a los procedimientos judiciales en materia de menores, pero también aplicable a los procedimientos administrativos, que "el artículo 24 de la Constitución garantiza no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan haber valer sus pretensiones". En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996/891) el Tribunal se declara competente para fiscalizar los aspectos formales de la resolución administrativa de desamparo y entra a examinar si se ha cumplimentado "la preceptiva audiencia de todos los interesados". Asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002 (JUR 2002/185690) el Tribunal advierte acerca de la necesidad de escuchar al menor en los procedimientos administrativos de desamparo, la falta de audiencia comportaría la nulidad de la resolución.

38. Ver, asimismo, los artículos 3 y 5 de la propia Convención.

En aplicación del referido mandato, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contempla entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos "el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés"[39] [artículo 11.2.b)]. Principio de prioridad de la propia familia que deben considerar en su actuación tanto las administraciones públicas como los tribunales.

Así, del derecho que asiste a los menores a vivir y relacionarse con su familia derivan un conjunto de principios –proclamados por el legislador y los tribunales– que vinculan la actuación de los poderes públicos: el principio de subsidiariedad progresiva y el carácter flexible de la intervención administrativa, el principio de reintegración familiar y el principio de integración familiar.

En efecto, en materia de protección de menores, la Administración pública deberá actuar guiada por el principio de subsidiaridad progresiva respecto de las obligaciones legales de padres o tutores.[40] El alcance e intensidad de las actuaciones administrativas de protección dependerán del grado de desprotección que padezca el menor. Por ello, la Ley orgánica de protección jurídica del menor de 1996 acogió la distinción entre menores en situación de riesgo y menores en desamparo (artículos 12, 17 y 18). En el primer caso, las medidas administrativas de protección se aplican en el propio entorno familiar del menor y, en el segundo, se aplicarán medidas que implican la separación del menor de su familia. De ahí la importancia, advertida por nuestros tribunales, de delimitar con claridad las situaciones de riesgo y de desamparo y la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto de desamparo.[41]

Además, la actuación de las administraciones públicas en materia de protección de menores deberá tener un carácter flexible. Esto es, en cada caso las medidas de protección deberán adaptarse a las cambiantes circunstancias del menor y su familia. Por ello, una situación calificada inicialmente de riesgo puede pasar a ser considerada como de desamparo y viceversa. Por consiguiente, las medidas de protección deberán adaptarse en cada caso a las circunstancias del menor y su entorno socio-familiar. Esta es la razón por la que la Ley de enjuiciamiento civil no ha establecido plazo alguno para recurrir ante el juez las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. De forma que las partes podrán recurrir las decisiones administrativas en cualquier momento.[42] Ello es así porque la medida de protección acordada por la Administración en un determinado momento puede devenir improcedente al cambiar las circunstancias del menor o de su entorno familiar.

Por otra parte, en los casos de desamparo que hicieran necesario adoptar medidas de protección que impliquen la separación del menor de su familia, la Administración pública deberá actuar guiada por el principio de reintegración familiar.[43] De forma que las administraciones competentes deberán establecer medidas y programas de apoyo dirigidos a facilitar el retorno del menor con su familia. Por ello, la importancia de establecer un adecuado régimen de visitas con el fin de mantener vivas las relaciones del menor con su familia y hacer posible la posterior reintegración familiar.[44]

Además, en el supuesto de que lo más conveniente para el menor fuera la separación del menor de su familia, las medidas de asistencia y protección que habrá de adoptar la Administración deberán dirigirse preferentemente a la "integración familiar" del menor. De modo preferible en la familia extensa o, en su caso, en familia ajena [según estable el artículo 11.2.c) de la referida Ley orgánica 1/1996]. En cualquier caso, la familia se configura en nuestro ordenamiento como el ámbito más idóneo para la crianza, formación y socialización del menor.

Asimismo, el derecho a la vida familiar es reconocido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que, en su artículo 8, dispone, bajo el título "Derecho al respeto a la

39. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en la Sentencia de 19 de septiembre 2000 (asunto Benjamín Gnahoré contra Francia). Asimismo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997/1532) se afirma que "*el principio de prioridad de la propia familia*, sancionado en el ámbito del Derecho Internacional, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales (Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, artículo 3) indirectamente recogido en el artículo 172 del CC es vinculante para la autoridad judicial –debe añadirse que también para la Administración– en el sentido de que antes de acordar, en su caso, el acogimiento del menor o la constitución del vinculo adoptivo, ha de comprobar si se ha producido la integración de aquél en su propia familia, cuando ello redunde en su interés". De forma similar, entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo de 2002 (AC 2002/260), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 10 de enero de 2002 (AC 2002/166); el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida de 2 de abril de 2001 (AC 2001/1284), y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 1999 (AC 1999/6328).

40. Así lo establece expresamente la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia [artículo 4.f)].

41. Entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398) o el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero 2000 (AC 2000/512).

42. Por otra parte, los tribunales han declarado que en esta materia no se produce el efecto de cosa juzgada, ya que los hechos valorados por los tribunales en un momento dado pueden verse alterados por el paso del tiempo; en este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997/1532).

43. Artículo 172.4 del Código civil. En Cataluña, ver el artículo 18 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes.

44. Artículo 160 del Código civil; en Cataluña, el artículo 135 del Código de familia y el artículo 13.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

vida privada y familiar", que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria [...]". Pues bien, al amparo de este precepto es posible recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cualquier injerencia ilegítima de los poderes públicos que menoscabe el derecho a la vida familiar.[45]

3.5. La prioridad presupuestaria

En la actualidad, tanto a escala internacional, como nacional y autonómica, los poderes públicos han asumido formalmente el compromiso de dar prioridad a la protección de los menores, de sus derechos y bienestar.[46]

Las instituciones de la Comunidad Europea han manifestado, asimismo, la voluntad de hacer de los derechos del niño una prioridad política, para lo cual han instado a los estados miembros a invertir en los niños y otorgar a esta materia prioridad presupuestaria. En efecto, según resulta de la Recomendación 1286, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996, "la Asamblea constata que los derechos del niño están aún lejos de ser una realidad en nuestra rica y desarrollada Europa y que los niños son a menudo las primeras víctimas de los conflictos armados, de la recesión económica, de la pobreza*, y en particular, de las restricciones presupuestarias*". Por ello, recomienda al Consejo de Ministros que "invite a los estados integrados en el Consejo de Europa para que hagan de los derechos del niño una prioridad política [...] invirtiendo en los niños y dándoles *prioridad presupuestaria* para la concesión, en todos los niveles (nacional, regional o local), de recursos económicos equitativos y adecuados en relación con los dedicados a otros grupos de población".

En nuestro ordenamiento diversos legisladores autonómicos han proclamado, incluso con anterioridad a la citada recomendación, la prioridad presupuestaria en esta materia. Así, en Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, bajo el título *"prioridad presupuestaria"*, dispone que "la Generalidad debe procurar que sus presupuestos tengan en cuenta *de forma prioritaria* las actividades de atención, formación, promoción, reinserción, protección, integración y ocio de los niños y los adolescentes en Cataluña. Asimismo, *debe procurarse que los entes de la Administración local asuman dicha prioridad*" (artículo 16).[47]

De forma más taxativa y concreta, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 29 de julio, de atención y protección a la infancia, ha establecido en su artículo 6, bajo el título *"prioridad presupuestaria"*, que "la Junta de Castilla y León contemplará entre sus prioridades presupuestarias las actuaciones previstas en la presente ley, *garantizándose que en ningún caso el incremento anual en las partidas correspondientes a estos programas en cada uno de los departamentos responsables de los mismos será inferior al porcentaje medio de aumento, para el correspondiente ejercicio, en los presupuestos regionales"*.

Por tanto, como vemos, a la hora de elaborar los presupuestos respectivos –ya sean los de la Administración autonómica o, en su caso, la Administración local competente– deberán tenerse en cuenta, de forma especialmente prioritaria, las actividades de detección, prevención y protección a los menores en situación de necesidad. La efectividad de los derechos de los menores y, muy en particular, el derecho a la protección pública, en ningún caso debería verse afectado por la falta de recursos sociales básicos.[48]

No obstante, lo cierto es que se trata de un ámbito en el que todavía los recursos de las administraciones públicas son insuficientes para hacer frente a las necesidades de asistencia y protección de los menores.[49] Por

45. Entre otras, la STEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto Benjamín Gnahoré contra Francia (TEDH 2000/440) o la STEDH de 26 de febrero de 2002, asunto Kutner contra Alemania (JUR 2002/90946).

46. La Asamblea de Naciones Unidas en su declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, aprobada por la Resolución de 3 de diciembre de 1986 (Resolución 41/86 XL), establece que "todos los estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y el niño" (punto 1.º).

47. De forma similar se pronuncian la Ley de la Asamblea de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (artículo 6); la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (disposición adicional 4.ª); la Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (artículo 24); la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor (disposición adicional 7.ª); la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, del menor (disposición adicional 4.ª), y la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (artículo 5).

48. Así lo establece expresamente el artículo 11.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

49. En la Memoria del año 2002 presentada por el fiscal general del Estado al Gobierno, se advierte que algunas fiscalías han puesto de relieve la falta de medios suficientes de algunas administraciones públicas en materia de protección de menores. Así, "la fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias habla de baja dotación presupuestaria, escasez de recursos materiales y humanos". Asimismo, desde la fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se apunta "la falta de plazas en centros". La consecuencia es que "esta escasez general de medios está provocando que se afronten demasiado tarde determinadas situaciones de riesgo y que se piense en los centros de reforma como lugar de internamiento de muchos menores que con el transcurso del tiempo se han vuelto especialmente molestos y problemáticos". En la propia Memoria se pone de relieve la importancia de contar con los medios suficientes para desarrollar acciones de prevención o disminución de situaciones de riesgo que eviten una posterior situación de desamparo y la separación del menor de su familia que, en muchos casos, llevan a situaciones que hacen imposible la reintegración familiar. *Vid. Memoria (año 2002) elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el fiscal general del Estado*, Madrid, 2003, págs. 603-604.

otra parte, en los últimos años, el fenómeno de la inmigración y, en especial, la llegada de menores no acompañados por sus familias, ha supuesto un aumento de los menores en situación de desamparo y, por tanto, de la necesidad de protección por parte de las administraciones públicas. Sin embargo, los poderes públicos no han reaccionado con la eficacia requerida y con la necesaria dotación de recursos. Por ello, en la actualidad se pone de relieve una clara insuficiencia de los recursos públicos destinados a la asistencia y protección de los menores.[50]

Es evidente que el deber que el legislador impone a las administraciones competentes de brindar protección a los menores y el consiguiente derecho de los menores a ser protegidos sólo puede ser debidamente garantizado cuando existen los medios y recursos suficientes. Por tanto, es fundamental una adecuada política presupuestaria y dar debido cumplimiento a la directriz de dar prioridad presupuestaria a esta materia.[51]

4. La protección de los menores en situación de riesgo, desamparo y conflicto social. El papel de las administraciones locales

El derecho de los menores en situación de riesgo, desamparo o conflicto social a recibir asistencia y protección de las administraciones públicas tiene como finalidad última garantizarles en todo momento el disfrute del conjunto de derechos que nuestro ordenamiento reconoce y, en definitiva, el pleno desarrollo de su personalidad.[52] Así, las administraciones públicas competentes deberán intervenir con el fin de detectar, prevenir, valorar y neutralizar las referidas situaciones de especial vulnerabilidad. El alcance e intensidad de la intervención administrativa vendrá condicionado por el grado de desprotección o exclusión social que padezca el menor.

Ahora bien, lo cierto es que no todos los ordenamientos autonómicos han previsto y regulado con la misma claridad los distintos ámbitos de intervención administrativa: riesgo, desamparo y conflicto social. Aunque la protección de los menores desamparados y la consiguiente tutela de la Administración tiene alcance general, no sucede igual con los otros ámbitos de actuación –los menores en situación de riesgo y los menores en conflicto social–. La razón de esta desigual regulación de los diversos grados de vulnerabilidad de los menores y la correlativa actuación pública tendría su origen en el distinto título competencial que pone en marcha la regulación de unas y otras situaciones de desprotección. La consecuencia que de ello pueden derivar es un cierto abuso de la técnica de la tutela administrativa –al reconducirse la mayor parte de las situaciones de desprotección al "desamparo"– y el consiguiente menoscabo del principio de subsidiariedad progresiva de la actuación de las administraciones públicas en relación con las obligaciones legales de padres y tutores.[53]

Las figuras de la tutela administrativa y la guarda administrativa constituyen los instrumentos legales a través de los cuales las administraciones públicas devienen responsables de los deberes de guarda que, en primer término, corresponden a los padres o tutores. Pues bien, el legislador estatal ha incorporado estas figuras a nuestro ordenamiento al amparo del título competencial "legislación civil" (artículo 172 del Código civil).[54] De forma que la regulación estatal tiene un alcance prácticamente general, se extiende a todas aquellas comunidades autónomas que carecen de competencia en este ámbito. Por otra parte, aquellas pocas comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil –es el caso de Cataluña– han regulado de forma

50. En efecto, en Cataluña, el propio legislador se ha hecho eco de esta situación en el preámbulo de la reciente Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, en el que se dice que "entre la población adolescente existe el problema creciente de las personas que han dejado el hogar, algunas de ellas de otros países, en ocasiones indocumentadas". La llegada de estos menores inmigrantes sin familia a nuestras ciudades ha planteado nuevas necesidades de asistencia. Las medidas de protección y los recursos tradicionales se han mostrado insuficientes y, en muchos casos, inadecuados. Por ello, se establece que para garantizar la eficacia de la acción protectora "se han de habilitar los recursos económicos necesarios" [artículo 44.a)].

51. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las observaciones finales realizadas tras el examen del segundo informe periódico de España (CRC/C/15/Add. 185, de 7 de junio de 2002), señala su preocupación por la falta de "una distribución equilibrada de recursos en los planos central, regional y local y que no todas las comunidades autónomas disfrutan del mismo nivel de políticas y servicios sociales". En especial, muestra su preocupación por los problemas económicos de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla para hacer frente a la protección de los menores inmigrantes no acompañados. Por ello, de conformidad con el artículo 4 de la Convención, recomienda a España "estudiar vías para garantizar que todos los niños tengan acceso al mismo tipo de servicios, independientemente de dónde vivan, por ejemplo, estableciendo unos estándares mínimos para todo el país, así como un buen reparto de los recursos económicos con el fin de aplicar las disposiciones de la Convención". Asimismo, alienta al Estado a "identificar claramente sus prioridades con respecto a los temas de derechos de los niños, con el fin de garantizar que se asigne *la proporción más grande posible de los recursos disponibles* para una implementación total de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular a los niños que pertenecen a los grupos más vulnerables de la sociedad". Igualmente, recomienda al Estado "identificar la cantidad y proporción del presupuesto destinado a los niños a escala nacional, regional y local, para poder evaluar el impacto y efecto de los gastos en la infancia".

52. Artículos 10. 1 y 2, 12 y 17 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En Cataluña, artículos 17.3 y 19 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes.

53. Ver, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398); el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517), y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 10 de enero de 2002 (AC 2002/166).

54. El legislador estatal deseaba evitar regulaciones y prácticas divergentes. *Vid.* DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las reformas del Código civil ("artículo 172"),* Coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 64-65.

prácticamente idéntica estos instrumentos de protección.[55]

En cambio, las vías legales a través de las cuales las administraciones públicas deben colaborar con la familia y velar por el debido cumplimiento de sus deberes legales de protección de los menores –y, en particular, la protección pública de los menores en situación de riesgo y conflicto social– han sido reguladas por los diferentes legisladores autonómicos al amparo del título competencial asistencia social, servicios sociales o protección y tutela de menores.[56] Competencias todas ellas asumidas por las diferentes comunidades autónomas en sus respectivos estatutos. De forma que la regulación de estas materias, aunque es similar, no es idéntica en cada una de las comunidades autónomas. Además, debe advertirse que no toda la legislación autonómica dictada en materia de infancia y protección de menores contempla la intervención administrativa ante situaciones de riesgo o conflicto social de los menores. Ahora bien, este ámbito protector quedaría igualmente cubierto a través de la legislación de servicios sociales, que obliga a las administraciones a intervenir para brindar asistencia a todas las personas en situación de marginación, riesgo o inadaptación y, por tanto, también cuando se trata de menores; máxime teniendo en cuenta que las normas que configuran el estatuto jurídico indisponible de los menores –normas de orden público de inexcusable cumplimiento por los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo)– les reconocen el derecho a la asistencia y protección de las administraciones públicas.

4.1. Los menores en situación de riesgo. La asistencia y protección a los menores por las administraciones locales. La coordinación con la Administración autonómica

4.1.1. Caracterización legal de la situación de riesgo

El menor padece una situación de riesgo cuando, como consecuencia de determinadas circunstancias personales, familiares o sociales, su desarrollo personal o social se ve perjudicado. Ahora bien, el estado de vulnerabilidad que caracteriza la situación de riesgo no tiene la gravedad, intensidad o persistencia propias del desamparo. La actuación de las administraciones ante situaciones de riesgo se dirige precisamente a prevenir un posible desamparo y así hacer innecesaria la adopción de medidas de protección que impliquen la separación del menor de su entorno familiar.

En efecto, la actuación administrativa protectora en situaciones de riesgo se desarrolla en el propio entorno del menor. En cambio, frente a los menores desamparados la Administración debe asumir su tutela y las medidas de protección implican la separación del menor de su familia. Una vez incorporada a nuestro ordenamiento la figura de la tutela administrativa, la doctrina y los tribunales comenzaron a poner de relieve la necesidad de actuar en una fase previa con la finalidad de evitar precisamente tan traumática situación para el menor.[57] Por otra parte, los tribunales proclamaron la interpretación restrictiva del concepto de desamparo y establecieron su distinción con las situaciones de riesgo.[58] De nuevo debe subrayarse que esta materia rige el principio de subsidiariedad progresiva de la intervención pública respecto de las obligaciones

55. El artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de "legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan". Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que la competencia autonómica alcanza no sólo a los derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación sino también a las normas civiles de formación consuetudinaria preexistentes (STC 121/1992, de 28 de septiembre, y STC 182/1992, de 16 de noviembre). Además, las comunidades autónomas también pueden regular "instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral" (STC 88/1993, de 12 de marzo (FJ 3) y STC 156/1993, de 6 de mayo (FJ 1). En el caso de Cataluña, contaba con una compilación en la que se regulaban ciertos aspectos de la adopción, lo que permitía regular no sólo está institución sino las que tuvieran conexión con la misma. Así, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y la adopción, reguló, en sus artículos 2 a 4, las figuras de la tutela y la guarda administrativa.

56. No obstante, debe advertirse que la protección de los menores en situación de riesgo ha sido regulada, asimismo, por el legislador estatal en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (artículos 12 y 17). Sin embargo, estos preceptos no tienen carácter de norma orgánica sino que constituyen legislación supletoria de la que dicen las comunidades autónomas con competencia en materia de asistencia social; ello explica que se trate de una regulación muy general que no entra en aspectos concretos. A través de esta vía el legislador estatal deseaba que este ámbito protector tuviera, asimismo, alcance general.

57. *Vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi,* Universidad de La Coruña, 1999, pág. 35.

58. Así, tal como se declara en el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517) "en los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de *riesgo*, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal o social en que se encuentra el menor y a promover los factores de protección del menor y su familia, conforme establece el artículo 17 de la LO 1/1996. Esta *distinción entre desamparo y simple riesgo* fue introducida por la Ley 1/1996, ya que no aparecía en la anterior reforma llevada a cabo por la LO 6/1987, y se enmarca, tanto dentro de la propia actuación de los poderes públicos en beneficio del menor, como en el ámbito de sus facultades para velar por la protección de su familia de origen". Así, el Tribunal, a la vista de los hechos, declara que "algunas de las circunstancias que llevan a los Servicios Sociales de la Junta a asumir la tutela automática del menor no son constitutivas de una situación de desamparo, sino de riesgo, en las que la actuación de las entidades públicas debe ir dirigida a proporcionar al menor y a su familia el necesario apoyo moral y asistencial, dentro de la necesaria protección a la familia y a la infancia, que establece el artículo 39 de la Constitución". Por ello, deja sin efectos la resolución administrativa de desamparo y acuerda que el menor sea entregado a su madre. Asimismo, el Tribunal contempla una serie de medidas de protección dirigidas a neutralizar la situación de riesgo por cuya ejecución deberán velar los servicios sociales del Ayuntamiento. Ver, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003/66876); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de sep-

familiares.

Por ello, cuando el legislador estatal dicta la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, regula este ámbito protector. Ahora bien, como se ha dicho, esta regulación tiene carácter supletorio de los que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de asistencia social, tal como se dispone en la disposición final 21.ª de la propia ley. El legislador estatal por esta vía pretendía garantizar un mismo nivel de protección a todos los menores. Así, el artículo 12 de la ley regula "la prevención y reparación de situaciones de riesgo". Por su parte, el artículo 17 dispone que "en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientarán a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia".

No obstante, antes de dictarse la referida ley estatal, algunos legisladores autonómicos ya habían contemplado este ámbito de protección pública. Así, la Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, prevé en su artículo 50 la protección social de los menores en situaciones de riesgo a través del Sistema Público de Servicios Sociales, mediante las actividades de prevención, atención y reinserción correspondientes.[59] Asimismo, la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, en su artículo 15, bajo el título *actuaciones preventivas*, otorga carácter prioritario en materia de protección de menores a la prevención de las situaciones de desprotección con el fin de disminuir los factores de riesgo de marginación y evitar así repercusiones en el desarrollo del menor y garantizar los derechos que le asisten.[60] De igual modo, la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, en sus artículos 18 y 19 prevé el establecimiento de medidas de apoyo a la familia para prevenir que la situación de riesgo de los menores pueda desembocar en una situación de desamparo. De forma más precisa, y ya con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, algunos legisladores autonómicos han procedido incluso a definir la situación de riesgo.[61]

Así, según resulta del examen de las normas que caracterizan esta situación, los menores se encuentran en situación de riesgo:

a) Cuando no reciban una adecuada atención física, psíquica o educativa por parte de las personas responsables de su guarda y se produzca alguna de las siguientes situaciones:

–Omisiones de carácter leve en el cuidado del menor, con una probabilidad reducida de producirse un episodio severo de forma inmediata, y sin que tales omisiones supongan un grave perjuicio para su salud física o emocional.

–En caso de que el menor esté sometido a un patrón o a episodios aislados de descuido de carácter leve que inciden en varias áreas concernientes a sus necesidades principales.

b) Cuando los padres o responsables del menor le impongan castigos físicos o emocionales que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo.

c) Cuando la situación sea potencialmente perjudicial para el desarrollo físico, psíquico o emocional del menor pero éste tenga una relación satisfactoria y adecuada con alguno de los miembros de la familia o una edad y estatus físico, cognitivo, emocional o temperamental que reduce su vulnerabilidad ante aquella situación perjudicial.

Asimismo, el legislador ha considerado como situación de riesgo cualquier otra circunstancia que, de persistir, pudiera conducir al menor a una situación de desamparo. En particular, los diversos legisladores autonómicos prevén que la falta de colaboración de la familia en la neutralización de los factores de riesgo conducirá a la declaración de desamparo cuando la situación

tiembre de 2002 (JUR 2002/286398), y el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo de 2003 (JUR 2003/172571).

59. La Ley de la Comunidad de Madrid 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales, contempla la atención a los menores como uno de los sectores de actuación; entre las líneas de actuaciones de los servicios sociales en este ámbito se prevé: la prevención de las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor y la intervención y el seguimiento de estos casos y la protección jurídica y social de los menores en situación de desamparo (artículo 21).

60. La propia ley prevé, en sus artículos 24 a 30, medidas de apoyo familiar dirigidas a brindar protección a los menores con el fin de mantener el menor en su entorno familiar y garantizarle su desarrollo integral. Corresponde a los municipios el desarrollo de los recursos familiares y a la comunidad autónoma la coordinación y colaboración con los servicios municipales. Asimismo, el apoyo familiar podrá prestarse a través de las instituciones colaboradores de integración familiar o de otras asociaciones no lucrativas o mediante entidades concertadas (artículo 28).

61. Este es el caso de la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículo 41); la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (artículo 22); la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículos 27 y 28); la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (artículo 25); la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (artículo 56); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (artículos 47 y 49); el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (artículo 16), o el Decreto de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de enero (artículo 27).

de vulnerabilidad del menor se agrave.

En definitiva, los factores que permitirían calificar la situación del menor como de riesgo en lugar de desamparo serían: el tipo y características de la desprotección, las características del menor y las características del entorno socio-familiar. En cuanto a las características de la situación de desprotección se trataría de incumplimientos leves o aislados que no producen graves perjuicios al menor, pero que hacen necesaria la intervención administrativa. Por lo que se refiere al menor, deberá examinarse si tiene los recursos suficientes para autodefenderse y buscar ayuda, y para ello deberá considerarse tanto si su desarrollo físico y emocional es normal como si mantiene una relación positiva con algún miembro de la familia. Por otra parte, en lo que respecta a las características del entorno socio-familiar se considerará si la familia tiene conciencia del problema y si está motivada y colabora en la eliminación de los factores que llevaron a la situación de riesgo.

4.1.2. La actuación administrativa protectora: detección, prevención e intervención socio-familiar

En situaciones de riesgo que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, las administraciones públicas competentes –generalmente, como veremos, las administraciones locales– deberán intervenir al objeto de detectar, valorar y eliminar, neutralizar o disminuir los factores de riesgo que podrían conducir a una situación de desamparo.

La detección de las situaciones de riesgo es la acción que pone en marcha la intervención administrativa dirigida a garantizar una adecuada asistencia y protección de los menores. Las acciones de detección no suponen una intervención directa de los profesionales respecto a los menores, sino que se dirigen a conocer las situaciones de riesgo que puedan producirse. Las administraciones competentes pueden llevar a cabo acciones de detección a través de diversos medios: mediante proyectos diseñados con este fin; estableciendo mecanismos de coordinación con otras instituciones o servicios (centros sanitarios, de enseñanza, deportivos, lúdicos u otros con incidencia en el ámbito de la infancia); a partir de los datos obtenidos de la intervención en casos individuales o familiares.[62] Por tanto, la situación de riesgo de un menor podrá ser detectada a través de las demandas provinentes del propio entorno del menor o bien, de forma indirecta, cuando la alerta acerca de esta situación proviene de otros servicios, personas o entidades.

Es importante destacar que todas aquellas personas y, en especial, los profesionales que tengan conocimiento de que un menor padece una situación de riesgo deberán dar cuenta a la Administración, ya sea a través de los servicios sociales o por cualquier otra vía (policía, Ministerio Fiscal, autoridad judicial). La Administración deberá garantizar la absoluta reserva de la denuncia o comunicación. Por otra parte, al efecto de que la Administración competente pueda detectar las situaciones de riesgo que pudieran padecer los menores deberán establecerse los necesarios mecanismos de colaboración y coordinación de los servicios sociales con el sistema educativo y sanitario.[63] Una vez detectadas posibles situaciones de riesgo, las administraciones competentes deberán adoptar las medidas oportunas para prevenir y eliminar o minimizar los factores que han conducido a aquella situación. Así, es posible distinguir dos niveles de intervención: la prevención y la intervención social.[64]

El primer paso tras detectar posibles situaciones de riesgo es poner en marcha las acciones preventivas que impidan el agravamiento de la situación. Las actuaciones preventivas podrán tener un alcance general o particular. Así, podrán desarrollarse a través de programas de intervención comunitaria o bien mediante un plan diseñado para un caso concreto; en especial, en este último caso, mediante medidas de colaboración con la familia para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones legales. De forma que la acción preventiva podrá incidir tanto sobre los propios menores como sobre su entorno familiar y social.

Ahora bien, la actuación preventiva es distinta a la intervención socio-familiar. Esta última es posterior a la detección de la situación de riesgo y podrá ser o no posterior a la acción de prevención. La intervención de la Administración se dirige a modificar una situación concreta mediante los servicios y recursos necesarios actuando sobre el propio menor y su entorno. De forma que deberá realizarse un estudio de la situación del menor a fin de elaborar un diagnóstico a partir del cual se elaborará un plan de intervención individualizada en el medio socio-familiar que permita eliminar los factores de riesgo. La intervención administrativa protectora se desarrolla e incide sobre el propio menor y su entorno. Además, la Administración competente deberá realizar un seguimiento de la evolución del menor en su medio familiar.

La colaboración de la familia del menor es un ele-

62. *Vid.* VALLS, Marina, "La intervenció dels serveis socials d'atenció primària en el tractament de la infància-adolescència en risc", *Congrés Europeu d'Atenció a la Infància 1992,* Generalidad de Cataluña, pág. 238.

63. En Cataluña, la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, establece que en los centros educativos de titularidad pública y concertados deberá dedicarse una especial atención en potenciar "su papel en la detección e información de las necesidades y características de los menores en situación de riesgo, que eventualmente pueden dar lugar a una declaración de una situación de desamparo" [artículo 32.c)]. El propio precepto impone a las administraciones públicas catalanas el deber de adoptar medidas para "prevenir y tratar el absentismo y fracaso escolares" [artículo 32.3.a)].

64. VALLS, Marina, "La intervenció dels serveis socials d'atenció primària en el tractament de la infància-adolescència en risc", *Congrés Europeu d'Atenció a la Infància 1992,* Generalidad de Cataluña, pág. 239.

mento esencial en la neutralización de los factores de riesgo.[65] Por ello, será fundamental exponer claramente a la familia los objetivos que se persiguen a través de la intervención administrativa y lograr que se comprometa en su consecución. Las normas que regulan este ámbito protector y también los tribunales han establecido que en el supuesto de que los padres o responsables del menor no colaboren con la Administración y la situación del menor se agravara deberá procederse a declarar la situación de desamparo.[66] Ahora bien, la declaración de desamparo no constituiría un castigo a la familia y, por tanto, la familia no deberá sentirlo como tal; por ello será importante hacerle entender que la nueva fase que se abre se dirige a brindar una mejor asistencia y protección al menor.

Las normas reguladoras de este ámbito protector contemplan un conjunto de medidas administrativas de atención al menor y apoyo a la familia, tanto de carácter técnico como económico, dirigidas a prevenir o eliminar los factores de riesgo.[67] Estas medidas son expresión del deber que la propia Constitución impone a los poderes públicos de colaborar con la familia, vigilar el cumplimiento de sus deberes legales y, en su caso, actuar de forma subsidiaria para garantizar a los menores el disfrute de sus derechos (artículo 39). La actuación administrativa podrá dirigirse a prevenir los factores de riesgo que se hubieran detectado en un caso concreto, estableciendo medidas de apoyo y colaboración con la familia que sólo de forma indirecta inciden en el menor. Asimismo, podrá tener por objeto la intervención individualizada y directa sobre el propio menor y su entorno socio-familiar con el fin de modificar la situación y, en definitiva, garantizarle el pleno desarrollo de su personalidad.[68]

Así, entre las medidas legalmente previstas deben destacarse: *a*) medidas de apoyo a la familia a fin de mejorar el entorno familiar y hacer posible la permanencia del menor en el mismo; estas medidas podrán consistir en prestaciones económicas o en especie en situaciones de insuficiencia de recursos; *b*) establecimiento de programas compensadores de carácter socio-educativo; *c*) asistencia acompañada del menor a centros de carácter educativo;[69] *d*) ayuda a domicilio dirigida a favorecer el cuidado y la atención del menor y a hacer posible su permanencia en la familia; *e*) atención en centros de día o en centros de atención a la primera infancia o atención precoz;[70] *f*) intervención psicoterapéutica, y *g*) programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar y que requieren una formación profesional que facilite su inserción laboral. Asimismo, en algún caso se contempla la guarda administrativa entre las medidas de protección de los menores en situación de riesgo.[71]

Por otra parte, alguna norma autonómica contempla la intervención de un técnico responsable del caso que realizará un seguimiento del menor y su entorno familiar, incluso como medida preceptiva compatible con la aplicación de otras medidas.[72] Por otra parte, en este ámbito podría desempeñar un destacado papel la figura de la mediación familiar, al efecto de neutralizar situaciones derivadas de una crisis en las relaciones familiares de los menores.[73] Además, en ciertos casos se prevé la intervención de voluntarios en tareas de apoyo al menor y a su familia.

Las distintas medidas o recursos de apoyo familiar

65. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398) brinda al caso un tratamiento propio de una situación de riesgo, ya que considera que no se está ante una situación de desamparo. La Administración había declarado la situación de desamparo y asumido la tutela. Sin embargo, el Tribunal anula dicha resolución, ya que, entre otras cuestiones, considera la disposición de la familia a colaborar con la Administración y el gran esfuerzo realizado por superar unos hábitos de conducta propios del medio en el que se desenvuelven y que resultaban perjudiciales para la menor. Por otra parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003/66876) se declara que no concurre una situación de desamparo sino de riesgo, y se impone a los padres la obligación de aceptar y cumplir el plan de intervención que acuerde la Administración competente con la advertencia de que el incumplimiento de esta obligación por parte de los padres "podrá determinar un cambio de situación".

66. Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia (artículo 58), Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículo 45.2), Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 31.2), Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (artículos 53.2 y 79), Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (artículo 18.3); Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (artículo 43.2).

67. Ver, entre otras, Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 32); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (artículos 78 y 52); Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (artículo 26); Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (artículos 40 y 41); la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículos 43 y 16.2); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (artículo 19); Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (artículos 20 y 21).

68. La Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, distingue entre *medidas de protección* y *actuaciones con efectos protectores* (artículo 75 en relación con el artículo 78).

69. En Cataluña, la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, al regular las medidas de apoyo a la familia destinadas a los menores, encomienda a las administraciones públicas adoptar medidas para "prevenir y tratar el absentismo y fracaso escolar". Para ello dispone que "el Gobierno, juntamente con la Administración local, debe establecer planes contra el absentismo escolar" (artículo 32.3).

70. En Cataluña, el Decreto 261/2003, de 21 de octubre, regula los servicios de atención precoz y los configura como un derecho subjetivo de los menores, desde el momento de su concepción hasta que cumplan los seis años, con trastornos en su desarrollo o con riesgo de padecerlos. La atención precoz se desarrolla a través de un conjunto de actuaciones de detección, prevención, diagnóstico e intervención de carácter multidisciplinar; estos servicios se prestan en el entorno del menor o en un establecimiento específico (CDIAP, centros de desarrollo infantil y atención precoz).

71. Así lo prevé la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (artículo 52.2). La guarda administrativa es el instrumento jurídico a través del cual la Administración asume la guarda del menor de forma temporal a solicitud de los propios padres o tutores que se ven impedidos de cuidar al menor debido a graves circunstancias (artículo 172.2 del Código civil).

72. Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo (artículo 21.2).

73. De igual modo la mediación familiar podrá desempeñar un importante papel en el ámbito de los menores en situación de conflicto social. Así, por

podrán prestarse de manera simultánea cuando se desee incidir en los distintos aspectos que han provocado la situación de riesgo. Por tanto, podrán disponerse medidas de apoyo y colaboración con la familia y, de manera simultánea, medidas dirigidas directamente a la atención y protección del menor en situación de riesgo. En cualquier caso, para que las medidas adoptadas den los frutos deseados, será fundamental que las administraciones competente cuenten con los medios personales y materiales necesarios. Debe hacerse hincapié en la importancia de la acción administrativa desarrollada en este ámbito protector ya que se dirige a prevenir el desamparo y, por tanto, ha hacer innecesaria la traumática separación del menor de su entorno familiar.

La situación de riesgo del menor cesa cuando desaparecen los factores que dieron lugar a su declaración y a la adopción de las consiguientes medidas de protección, o bien cuando dichas circunstancias han quedado debidamente compensadas. Asimismo, cesa la situación de riesgo cuando se ha derivado a una situación de desamparo y la Administración competente ha asumido la tutela del menor.[74] No obstante, el fin de la situación de riesgo y, en su caso, de las medidas de protección que se hubieran aplicado, no implica que la Administración no deba realizar el seguimiento de la evolución del menor que permanece en el entorno familiar a través de los servicios sociales competentes. La finalidad del seguimiento es velar por la consolidación de la situación a la que se ha llegado mediante la intervención y por la adecuada evolución del menor en su entorno. Por otra parte, en el caso de que la situación del menor hubiera derivado en desamparo, sin perjuicio de las medidas de protección que adopte la Administración que tiene encomendada la tutela, deberán disponer, asimismo, por las administraciones competentes medidas de apoyo a la familia que hagan posible la reintegración familiar del menor.

4.1.3. La Administración competente para actuar en situaciones de riesgo. La colaboración y coordinación interadministrativa

En cuanto a la Administración competente para intervenir ante las situaciones de riesgo, en buena parte de los casos la legislación autonómica distribuye las competencias entre la Administración autonómica y las entidades locales, debe tenerse en cuenta que la protección de los menores en situación de riesgo se arbitra a través del sistema público de servicios sociales.[75]

Así, aunque la situación no es idéntica en cada una de las comunidades autónomas, de forma general, corresponde a las administraciones autonómicas la promoción, planificación, programación, supervisión y coordinación de las actuaciones en el ámbito de los menores en situación de riesgo. Por su parte, corresponde a las administraciones locales la información, detección, valoración, prevención, intervención y seguimiento de las medidas de protección y apoyo concretas en el entorno socio-familiar.[76] Las medidas de protección y apoyo previstas en este ámbito se han encauzado en gran medida a través de los servicios sociales básicos, comunitarios o de primer nivel, ya que son los más próximos a las familias y, por ello, la puerta de acceso al sistema.

Ahora bien, como se ha dicho, existen diferencias entre las diversas comunidades autónomas. Así, sólo algunas normas autonómicas han previsto expresamente la tramitación de un procedimiento administrativo dirigido a verificar y, en su caso, declarar la situación de riesgo y adoptar las medidas de atención y apoyo necesarias.[77] En el curso de este procedimiento deberá escucharse al menor y darse audiencia a los padres u otros responsables. Asimismo, se realizarán los estudios y

ejemplo, la Ley valenciana 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, dispone que la mediación familiar tendrá como objeto "facilitar el acuerdo en aquellas situaciones en las que, como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, el interés superior de los menores" pueda verse menoscabado.

74. El cese de la situación de riesgo deberá ponerse en conocimiento de las personas y entidades a las que se notificó en su día el inicio de la misma, según dispone el artículo 54 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, o el artículo 33 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor.

75. La Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, atribuye a los municipios competencia en materia de prestación de servicios sociales [artículo 25.2.k) y artículo 26.1.c)]. Por tanto, los municipios podrán crear servicios y realizar actividades dirigidas a garantizar el apoyo a las familias y la protección de los menores. Se hace eco de los conflictos surgidos en un primer momento entre la Administración autonómica y la Administración local en materia de protección de menores, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de La Coruña, 1999, pág. 33.

76. Ley del Principado de Asturias 1/1995, de protección de menores (artículos 16 y 28); Ley de la Comunidad Andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (artículo 18); Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículos 11, 12, 15 y 45.3); Ley de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (artículo 50) en relación con la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales; Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículos 76 y 77); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (artículos 50 y 126); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (artículos 11 y 45); Ley de Galicia 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (artículo 5).

77. Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículo 44); Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 30); Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (artículos 32.3 y 4, 34, 38.3); Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (artículos 51.2, 52, 53, 55.2 y 57); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia [artículos 44.h) y 55]; Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo (artículo 15).

solicitarán los informes que permitan constatar la verdadera situación del menor y, en su caso, establecer las medidas de protección y apoyo más adecuadas. El procedimiento finalizará en su caso con una decisión administrativa declarando la situación de riesgo y acordando el plan de actuación. La resolución administrativa deberá ser notificada a los responsables del menor, quienes quedan legalmente obligados a colaborar con la Administración en la ejecución de las medidas. Es más, la falta de colaboración de los padres, tutores o guardadores podrá dar lugar a la declaración de desamparo y consiguiente tutela de la Administración competente en el caso de que la situación de riesgo persista o se agrave.

Las administraciones competentes deberán tramitar el correspondiente procedimiento administrativo siempre que actúen en el ámbito de la intervención socio-familiar. No así cuando se desarrollen acciones de detección o de prevención general de las situaciones de riesgo. En efecto, como se ha dicho, la actividad administrativa puede ser de detección, prevención o intervención. Pues bien, una vez detectada la situación de riesgo de un menor, cuando la Administración se proponga intervenir en el entorno socio-familiar del menor deberá tramitar el oportuno procedimiento administrativo. En el curso de este procedimiento se analizará la situación del menor, se elaborará un diagnóstico y el consiguiente plan de intervención individualizada dirigido a eliminar o neutralizar los factores de riesgo. En la medida que esta actividad de la Administración suponga incidir en el derecho a la vida familiar, la Administración deberá actuar a través del oportuno procedimiento en el que podrán participar los padres o tutores y el propio menor.[78] El procedimiento finalizará con una resolución administrativa que deberá ser debidamente notificada a los interesados y comunicada al Ministerio Fiscal y, en su caso, podrá ser recurrida ante los tribunales a través del procedimiento especial previsto en los artículos 779 y 780 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Por otra parte, dado que se trata de un ámbito en el que tienen atribuidas competencias tanto las administraciones autonómicas como las administraciones locales, las diversas normas prevén ciertos mecanismos de coordinación. Así, la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, establece que la Administración local competente para tramitar el procedimiento dirigido a verificar el riesgo y acordar las medidas de protección deberá comunicar el inicio del procedimiento y su resolución final al órgano de la Administración autonómica competente en materia de protección de menores. Por otra parte, la propia ley dispone que, en el supuesto de que la Administración local competente no procediera a tramitar y resolver el procedimiento, el órgano de la Administración autonómica, previo requerimiento a la Administración local, podrá declarar la situación de riesgo del menor y adoptar las medidas de asistencia necesaria. En este último caso, la Administración autonómica notificará a la Administración local la resolución para la ejecución de las medidas de protección acordadas.[79]

Sin embargo, otros legisladores autonómicos, como el de La Rioja, han atribuido a la Administración autonómica la competencia para apreciar la situación de riesgo y establecer la medida de protección. En este caso será la Administración autonómica la que notifique la resolución a los servicios sociales de base.[80] No obstante, de forma general corresponderá a las entidades locales aplicar las medidas de apoyo y ayuda familiar, en ejercicio de la competencia que la Ley de bases del régimen local les reconoce en materia de "prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social" [artículos 25.2.k) y 26.1.c)].[81]

Por tanto, como se ha visto, no todas las comunidades autónomas atribuyen las competencias a la misma Administración para establecer acciones y programas de detección, prevención e intervención frente a las situaciones de riesgo. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las situaciones de riesgo derivan en ciertos casos en una situación de desamparo; así sucederá generalmente –como se ha visto– cuando los responsables del menor no colaboren con la Administración en la neutralización de los factores de riesgo. Por todo ello, son fundamentales los mecanismos de colaboración y coordinación administrativa en esta materia.[82]

Así, cuando la competencia para intervenir ante situa-

78. El procedimiento administrativo cumple una doble función. Por una parte, constituye una garantía de los derechos del menor y su familia. Por otra parte, es el instrumento que permite garantizar el interés público tutelado, en este caso, el interés del menor en situación de riesgo que la Administración tiene encomendado preservar. En el curso del procedimiento podrá determinarse la situación del menor y las medidas que resultan más convenientes para garantizar su interés o, lo que es lo mismo, el pleno desarrollo de su personalidad. Así, la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, establece expresamente la *garantía del procedimiento*, para la adopción de todo tipo de medidas de protección y la comunicación de la resolución final al Ministerio Fiscal (artículo 15).

79. Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículo 44.1 y 4 y 5). Por otra parte, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, establece en el artículo 51 que cuando los servicios sociales de las entidades locales tengan conocimiento de que un menor se encuentra en situación de riesgo deberá comunicárselo a la Administración autonómica para la adopción de las medidas que corresponda aplicar a ésta; en esta comunidad se contempla la guarda administrativa entre las medidas de protección de los menores en situación de riesgo.

80. Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (artículos 34 y 38.3 y 4), aunque también se contempla la intervención de las corporaciones locales (artículo 44). Ver, asimismo, la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 30) o la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (artículo 27).

81. Así lo afirma expresamente el artículo 27.2 de la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia.

82. Así lo prevé, por ejemplo, el Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, sobre régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (artículos 6 y 7); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (artículos 127 y 128); la Ley de Asturias

ciones de riesgo correspondiera a una administración local y ésta constatara que las medidas de apoyo no dan los frutos deseados y la situación del menor se agrava, caminando hacía el desamparo, deberá comunicar a la Administración autonómica la situación del menor al efecto de que proceda, en su caso, a declarar el desamparo y asumir la tutela. En este caso, la Administración local deberá remitir a la Administración autonómica el expediente administrativo en el que consten todas las actuaciones practicadas.[83] Por otra parte, deberá suceder lo mismo a la inversa. Esto es, cuando la Administración autonómica hubiera dado por finalizada la tutela y reintegrado el menor a su familia, deberá remitir el expediente a la Administración local competente al efecto de que ésta realice el seguimiento del menor en su familia.

Una vez analizado el ámbito protector de los menores en situación de riesgo, nos adentramos en el examen de la protección pública de los menores en situación de desamparo a través de la figura de la tutela de la Administración.

4.2. Los menores en situación de desamparo. La tutela de las administraciones autonómicas. La colaboración con las administraciones locales

La ley encomienda a las administraciones autonómicas la función de brindar protección a los menores en situación de desamparo a través de la adopción de medidas que implican la separación del entorno familiar.[84] No obstante, en este ámbito las administraciones locales también deberán desempeñar un destacado protagonismo. En efecto, en primer término serán los servicios sociales básicos o de atención primaria –que prestan, de forma general, las administraciones locales– los que detectarán las situaciones de desprotección y derivarán a las administraciones autonómicas los posibles supuestos de desamparo. Por otra parte, una vez la Administración autonómica asume la tutela del menor declarado en desamparo, las medidas de protección adoptadas implican la separación del núcleo familiar.[85] Sin embargo, el principio de reintegración familiar obliga a adoptar medidas dirigidas a hacer posible un posterior retorno a la familia de origen. Pues bien, mientras las medidas de protección adoptadas en el marco de la tutela son responsabilidad de la respectiva Administración autonómica, las medidas de apoyo a la familia dirigidas a facilitar la reintegración familiar se prestarán, de forma general, por los servicios sociales locales.

La protección de los menores desamparados ha sido encauzada en nuestro ordenamiento a través de la institución de la tutela administrativa. Las administraciones autonómicas deberán verificar y, en su caso, declarar el desamparo de un menor. La resolución de desamparo comporta de forma automática o *ex lege* la atribución de la tutela a la Administración. Por otra parte, la ley vincula a la tutela administrativa la suspensión automática de la patria potestad o la tutela ordinaria. De este modo la Administración se encuentra legitimada para adoptar medidas de protección que implican la separación del menor de su entorno familiar.

En efecto, el artículo 172 del Código civil dispone que "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas y protección necesarias para su guarda". El propio precepto añade que "la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria".

El referido precepto nos brinda, asimismo, el concepto de desamparo. En efecto, el artículo 172 del Código civil dispone que "se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". Así, los tribunales caracterizan el desamparo como la situación de hecho en la que se encuentra el menor cuando los

1/1995, de 27 de enero, de protección de los menores (disposición adicional 1.ª) .

83. El Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, establece en su artículo 6.1 que para la adecuada instrucción del expediente de declaración de desamparo "se solicitarán los informes a los servicios sociales generales de los municipios en que hubiera residido, sobre el menor y su familia".

84. El legislador estatal ha establecido expresamente que corresponde a las comunidades autónomas determinar la entidad pública competente para asumir la tutela (artículo 172 del Código civil y disposición final 22.ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). Pues bien, la legislación autonómica ha atribuido la tutela de los menores desamparados a la Administración autonómica. Así, la Ley de la Comunidad de Andalucía 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (artículos 18.2 y 23); Ley de la Comunidad de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de los menores (artículo 33); Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (artículo 2); Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores [artículo 10.2.h)]; Decreto del Gobierno de Cantabria 66/1992, de 7 de septiembre (artículo 1); Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados (artículo 1); Ley de Extremadura 4/1994, de 24 de noviembre, de protección de menores (artículo 8); Ley de Galicia 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia [artículos 5.1.f) y 17]; Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (artículo 51); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (artículo 44); Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (artículo 2 en relación con el artículo 45); Ley de la Comunidad Valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia (artículo 22.2); Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (artículo 61.1); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia [artículos 81 y 125.4.b)].

padres o tutores no saben, no pueden o no quieren prestarle la asistencia moral o material necesaria. El desamparo tendría, pues, su origen en la falta o indebido cumplimiento por parte de los responsables del menor de sus deberes legales de protección.[86]

Ahora bien, en aquellos casos en que, por graves circunstancias, los padres o tutores no pueden cumplir debidamente los deberes legales de protección pueden solicitar a la Administración que asuma la guarda del menor durante el tiempo necesario (artículo 172.2). La guarda administrativa voluntaria, a diferencia de la tutela, no implica la suspensión de la patria potestad, ya que son los propios padres o tutores los que ante la imposibilidad de hacerse cargo temporalmente del menor solicitan a la Administración que asuma su guarda mientras dure aquella situación. Ahora bien, si la Administración que ha asumido la guarda voluntaria constatara que aquella situación se prolonga en el tiempo deberá proceder a declarar el desamparo y asumir la tutela del menor.

El concepto de desamparo que nos brinda el Código civil peca de imprecisión y, por ello, ha sido concretado por los diversos legisladores autonómicos. En efecto, prácticamente todas las comunidades autónomas han procedido a dictar leyes sobre protección de los menores –al amparo del título competencial "asistencia social", "servicios sociales" o "protección y tutela de menores"– en las que se precisa las diversas situaciones que darán lugar a la declaración de desamparo, y se establece, asimismo, el procedimiento a seguir para verificar y, en su caso, declarar el desamparo.[87] Por otra parte, en Cataluña, que es una de las pocas comunidades autónomas que tiene reconocida competencia para regular, al amparo del título legislación civil, la figura de la tutela administrativa, el legislador también ha definido con mayor precisión la noción de desamparo.[88]

En cualquier caso, los tribunales han declarado que el concepto de desamparo deberá ser interpretado de forma restrictiva.[89] Debe tenerse en cuenta que el instrumento jurídico de la tutela administrativa será el último recurso a emplear ya que, como se ha dicho, las medidas de protección en el marco de la misma suponen, de forma general, la separación del menor de su núcleo familiar. Por ello, en esta materia la función principal de las administraciones será, precisamente, prevenir las situaciones de desamparo. De ahí la importancia de actuar de forma previa y adoptar medidas de protección en el propio entorno socio-familiar de los menores

85. No obstante, en Cataluña, el legislador ha contemplado como medida de protección de los menores tutelados por la Administración "la atención en la propia familia" mediante ayudas económicas o personales. En realidad, se trata de una medida propia de los menores en situación de riesgo. Sin embargo, lo que sucede es que la legislación catalana de protección de menores no ha previsto expresamente la intervención en situaciones de riesgo; no ha delimitado la situación de desamparo y la situación de riesgo [Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados (artículo 5.1.ª)].

86. Se pronuncian sobre el concepto de desamparo, entre otras, las siguientes resoluciones judiciales: Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo de 2002 (AC 2002/1225); Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 13 de diciembre de 2002 (AC 2002/379); Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398); Auto de la Audiencia Provincial Cantabria de 24 septiembre de 2002 (JUR 2003/8154); Auto de la Audiencia Provincial Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517).

87. Así, por ejemplo, la Ley de la Comunidad de Extremadura 4/1994, de 24 de noviembre, de protección de menores, dispone en su artículo 5 que "en los términos del Código civil, se consideran desamparo de menores aquellas situaciones de desprotección que puedan constituir grave riesgo para el normal desarrollo físico, psíquico o social de un menor"; a continuación, el artículo 6 precisa que "se considerarán situaciones de desamparo, en todo caso valorables por la autoridad administrativa, las siguientes: a) el abandono voluntario del menor; b) la existencia de malos tratos físico o psíquicos; c) el trastorno mental grave de los padres o guardadores de hecho, que impida el adecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación; d) la drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que forman parte de la unidad familiar, en especial, de los padres o guardadores de hecho, o de los menores con el consentimiento de estos; e) los abusos sexuales por parte de miembros de la unidad familiar o de terceros con el consentimiento de éstos; f) la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución; g) cualquier otra situación de desprotección que traiga causa en el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de protección establecidos por las leyes, siempre que ello incida en la privación de la necesaria asistencia moral o material". En términos similares ha sido concretada la situación de desamparo por la Ley asturiana 1/1995, de 25 de enero, de protección de menores en su artículo 31; por la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia en su artículo 22.1; por la Ley de la Comunidad de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores, en el artículo 5; por la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, en su artículo 46; la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia, en su artículo 17; la Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor, en su artículo 45.3; la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor, en su artículo 23; la Ley de la Comunidad de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y a la adolescencia, en su artículo 29; la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, en su artículo 36; la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (artículo 59), y la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, en sus artículos 55 y 56.

88. Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados (artículo 2.2) y Decreto 2/1997, de 7 de enero (artículo 9.2). Además, de forma reciente, la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, ha previsto en su artículo 31.1.a) un nuevo supuesto de desamparo.

89. En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero de 1992 (AC 1992/78) manifiesta el Tribunal que "la privación de la necesaria asistencia moral material de los menores que es presupuesto de la situación de desamparo, *ha de apreciarse con una cierta interpretación restrictiva*, de tal manera que sólo se estime cuando no se lleguen a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común". Asimismo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de mayo de 2002 (JUR 2002/174019) se afirma que "la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales", lo cual entronca "directamente con el principio de prioridad de la propia familia natural" proclamado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Ver, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003/66876); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398); el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517); el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre de 2000 (AC 2001/79466).

que se encuentren en situación de riesgo, a fin de evitar su desamparo. El fundamento de la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de la situación de desamparo es el derecho que asiste al menor a vivir con su familia y el derecho del menor y su familia al respeto a la vida privada y familiar.[90] Por ello, es esencial delimitar debidamente las situaciones de riesgo y desamparo. A tal fin deberán considerarse diversos factores: el alcance e intensidad de la situación de desprotección, las características del menor y las de su entorno socio-familiar.[91]

En cuanto a las vías a través de las cuales las administraciones autonómicas tendrán conocimiento de una posible situación de desamparo, de forma general, será a través de los servicios sociales prestados por las administraciones locales. Los servicios sociales básicos o de atención primaria son los más próximos al ciudadano y los que, en general, tienen encomendada la función de detectar las situaciones de riesgo y, a la vista de la gravedad de la misma, derivar el caso a los servicios sociales especializados de la Administración autonómica correspondiente para que procedan, en su caso, a declarar el desamparo y asumir la tutela del menor.[92]

Ahora bien, la Administración autonómica competente también podrá tener conocimiento de la posible situación de desamparo de un menor a través de la comunicación o denuncia realizada por personas o entidades públicas o privadas. A tal efecto, será necesario que las administraciones, en particular, las entidades locales, establezcan mecanismos de colaboración y coordinación con los diversos servicios o entidades que pudieran tener conocimiento de estas situaciones: servicios educativos, sanitarios, policiales, entidades infantiles y juveniles, Ministerio Fiscal y autoridad judicial. Por otra parte, la comunicación o denuncia también podrá ser realizada por la familia, vecinos o el propio menor.

Una vez conocida por la Administración autonómica competente una posible situación de desamparo, deberá incoar el oportuno procedimiento administrativo dirigido a verificar si concurre el desamparo. En la medida que se trata de un procedimiento administrativo, en todos aquellos aspectos no previstos expresamente por la normativa autonómica, deberá acudirse a la aplicación de las disposiciones generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC).[93] En el curso de este procedimiento podrán participar todos los interesados –padres, tutores, guardador y el propio menor– y, por tanto, presentar las alegaciones y solicitar las pruebas que estimen pertinentes. Asimismo, será fundamental realizar los estudios y solicitar los informes que permitan constatar la efectiva situación del menor y acordar, en su caso, la medida de protección más adecuada. Por otra parte, en aquellos casos especialmente graves que hicieran necesaria la inmediata separación del menor de su entorno familiar, la Administración adoptará de forma cautelar las medidas de protección necesarias.[94]

El procedimiento administrativo concluirá, en su caso,

90. Artículo 11.2.b) de la Ley orgánica 1/1996, de 14 de enero, de protección jurídica del menor. En Cataluña, artículo 18 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes. Por otra parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce en su artículo 8 el derecho al respeto a la vida privada y familiar y dispone que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria"; así, es posible recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cualquier injerencia ilegítima de los poderes públicos que menoscabe el derecho a la vida familiar.

91. En consideración al *alcance e intensidad de la desprotección*, determinará la declaración de desamparo: 1) aquellos incumplimientos de los deberes legales de protección de carácter *grave*; 2) cuando existe una *alta* probabilidad de que se produzca de forma inmediata un episodio severo de malos tratos; 3) cuando la falta o indebido cumplimiento de los deberes de protección supongan un perjuicio *grave* para la salud física o psíquica del menor, y 4) cuando la falta o la indebida atención al menor sea *frecuente* y exista un patrón crónico de violencia en la dinámica familiar. Por lo que se refiere a las *características del menor*, para inclinarnos por el desamparo frente al riesgo se considerará: 1) si el menor no tiene capacidad para autoprotegerse y buscar ayuda; 2) si el menor no es visible en su entorno, porque es muy pequeño o no está escolarizado; 3) si el menor no mantiene una relación positiva y segura con ningún miembro de su entorno familiar; 4) si presenta un desarrollo físico o psíquico inadecuado, y 5) si padece problemas emocionales y conductuales graves. Además, deberán tenerse en cuenta las *características del entorno socio-familiar del menor*, en especial, si la familia reconoce o admite la situación y se muestra o no dispuesta a colaborar en la neutralización de los factores que han conducido a la desprotección del menor.

92. Los servicios sociales básicos o de atención primaria constituyen la puerta de acceso al sistema, al nivel de atención más próximo al ciudadano, al ámbito socio-familiar. Entre las funciones que, de forma general, tienen atribuidas están: la información, la orientación y el asesoramiento técnico y la detección y prevención de situaciones de riesgo y exclusión social. Así, a través de todos estos servicios se detectarán posibles situaciones de desamparo que se derivarán a los servicios competentes de la Administración autonómica. En Cataluña, Decreto 27/2003, de 21 de enero, de atención social primaria (artículo 3) y Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes (artículo 11.5).

93. Desde Cataluña, que es una de las pocas comunidades autónomas con competencia en materia de "legislación civil" para regular esta materia, se ha defendido que este procedimiento tiene naturaleza civil. Sin embargo, del análisis de las diversas legislaciones autonómicas y, sobre todo, de la jurisprudencia sobre la materia resulta claramente que el procedimiento tiene naturaleza administrativa. No podía ser de otro modo cuando la Administración actúa como poder público en ejercicio de la denominada *autotutela administrativa*, ya que la resolución de desamparo es un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio. En Cataluña ha defendido la naturaleza civil del procedimiento VILLA RUBIO, Marino "Protección de menores desamparados, Estado social de derecho y Derecho administrativo: Apuntes acerca de la evolución de las garantías" en S. ASPIAU y A. VAQUER (ed.), *Protección de menores, acogimiento y adopción,* Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 62-69. En cambio, los tribunales se han pronunciado por la naturaleza administrativa, entre muchas otras, en las siguientes resoluciones judiciales: Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencias) de 9 de julio de 1998 (RJ 1998/1571); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002 (JUR 2002/185690); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de febrero de 1997 (RJCA 1997/466) o la Sentencia de este mismo Tribunal de 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996/2281).

94. Artículos 14 y 16 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

con una resolución administrativa debidamente motivada declarando el desamparo. La resolución deberá explicitar las razones que han conducido a la Administración, a la vista de los hechos, a declarar desamparado al menor y, por consiguiente, asumir su tutela.[95] Asimismo, en la propia resolución podrán establecerse las medidas de protección aplicables al menor y, en su caso, el régimen de visitas con la familia. Esta resolución deberá ser notificada a todos los interesados indicando los recursos que caben contra la misma y deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal.[96]

La resolución administrativa mediante la que se declara a un menor en situación de desamparo tiene la peculiaridad de producir efectos no sólo de naturaleza administrativa sino también de naturaleza civil. El principal efecto es la atribución automática a la Administración competente de la tutela del menor. A su vez, la atribución legal de la tutela del menor desamparado a la Administración produce, también de manera automática, efectos que podrían calificarse de naturaleza privada o civil: la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria.[97] A partir de este momento, la Administración deviene responsable de la guarda del menor y, por tanto, es titular de los deberes y facultades inherentes a la misma.

La declaración de desamparo y la asunción de la tutela por la Administración supone el grado más intenso de intervención administrativa subsidiaria respecto de las obligaciones familiares. La tutela es el título que legitima a la Administración para adoptar medidas de protección que implican la separación del menor de su familia.[98] Las medidas de protección legalmente previstas son el acogimiento familiar y el acogimiento residencial y, en su caso, otras medidas que resulten aconsejables en consideración a las circunstancias del menor. En el momento de acordar una u otra medida de protección la Administración deberá actuar conforme al principio del interés superior del menor y los principios de reintegración e integración familiar. El acogimiento familiar podrá ser simple, permanente o preadoptivo.[99] Además, podrá ser en familia extensa o ajena. El principio de reintegración familiar hace preferible, siempre que sea lo más conveniente para el interés del menor, el acogimiento en familia extensa. Por último, en aquellos casos que no resultare aconsejable el acogimiento familiar, la Administración acordará el acogimiento institucional o residencial.[100]

Por tanto, como vemos, la Administración autonómica competente que tiene atribuida la tutela es la responsable del menor y la titular de los deberes inherentes a la guarda. Sin embargo, no ejerce la guarda por sí misma. Las funciones inherentes a la guarda se delegan en la persona o familia que acoge al menor o en el director del centro de acogida residencial.[101] La Administración deberá controlar y colaborar con las personas que ejercen en su nombre la guarda del menor.

Ahora bien, como se ha dicho, los padres tienen derecho a relacionarse con los hijos y a la inversa.[102] Así, la Administración que tiene atribuida la tutela deberá establecer un régimen de visitas con la familia natural –siempre que resulte conveniente para el interés del menor– al efecto de hacer posible la posterior reintegración familiar del menor.[103] Asimismo, en colaboración con las administraciones competentes, generalmente a través de los servicios sociales de atención primaria, deberán establecerse medidas de apoyo a la familia diri-

95. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002 (JUR 2002/185690), el Tribunal afirma que el control judicial de la resolución de desamparo alcanza a los requisitos formales de la resolución y, de modo especial, a la motivación exigida por el artículo 54 de la LRJPAC.

96. El artículo 172.1 del Código civil establece que la notificación de la resolución se realizará en un plazo de cuarenta y ocho horas.

97. Artículo 172 del Código civil y en Cataluña artículos 2 y 3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

98. Por ello, los diversos legisladores han previsto que en situaciones de especial gravedad la medida cautelar a adoptar es la declaración provisional de desamparo y la consiguiente tutela provisional. La tutela administrativa provisional permite separar al menor de su familia y adoptar las necesarias medidas de protección. Así, la Ley de la Comunidad de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (artículo 24.2); la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículo 48.4); la Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (artículo 52), o el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (artículos 32 y 33).

99. El acogimiento simple por persona o familia tiene carácter transitorio, podrá ser el paso hacía la reintegración del menor a su familia, el acogimiento preadoptivo o, en su caso, la constitución de una tutela civil. El acogimiento permanente está concebido para situaciones en las que, teniendo en cuenta las circunstancias del menor –como la edad–, se considera inviable la reintegración familiar del menor y la adopción. El acogimiento preadoptivo constituye el paso previo a la adopción, en aquellos casos en que los padres estén imposibilitados de forma permanente para ejercer su potestad o cuando han abandonado al menor (artículo 173 del Código civil).

100. Esta medida consiste en ingresar al menor en una institución pública o en un centro privado colaborador, adecuado a las características del menor, con el fin de brindarle la atención y educación necesarias. Esta medida tiene carácter provisional. Así, en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, establece que la duración de la medida no podrá ser superior a un año, salvo que sea prorrogada previa comunicación al Ministerio Fiscal (artículo 12.4 en relación con el artículo 11.1).

101. Del artículo 173.1 del Código civil resulta que la persona o familia acogedora queda obligada a velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral; todas ellas funciones inherentes a la guarda (artículo 154.1.º del propio Código). En cuanto a la delegación de la guarda al director del centro de acogida, ver el artículo 12.5 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

102. Artículo 9.3 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño; artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; artículo 160 del Código civil.

103. En el documento de formalización del acogimiento familiar deberá establecerse "la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido", tal como establece el artículo 173.2.3º a) del Código civil. En Cataluña, artículo 4.3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados.

gidas a neutralizar los factores que llevaron al desamparo del menor y a establecer las condiciones que hagan posible el retorno del menor.[104] Por tanto, por un lado deberá actuar la Administración autonómica que tiene atribuida la tutela y vigilar el desarrollo del menor al que se aplica una medida de protección. Por otra parte, y de forma coordinada, deberá actuar la Administración competente, generalmente los entes locales a través de los servicios sociales de atención primaria, en el seno de la familia mediante programas y medidas de asistencia y apoyo.

4.3. La atención a los menores en situación de conflicto social

4.3.1. Caracterización legal de la situación de conflicto social

En los últimos tiempos se alzan voces que solicitan un endurecimiento de la responsabilidad penal exigible a los menores. Sin embargo, poco se dice de la responsabilidad de las administraciones públicas en la prevención y el tratamiento de la marginación y la exclusión social que, en general, es el caldo de cultivo de la delincuencia infantil y juvenil.[105] Actuación pública que también es expresión del derecho reconocido a los menores a ser protegidos por las administraciones públicas cuando padezca una situación de riesgo o dificultad social que perjudique su desarrollo personal o social.[106]

Así, diversos legisladores autonómicos han previsto expresamente en las respectivas leyes sobre protección de menores un específico ámbito de actuación: los menores en conflicto social. Este es el caso de la legislación de la Comunidad de Madrid (1995), Galicia (1997), Andalucía (1998), Castilla-La Mancha (1999), Aragón (2001) y Cataluña (2002).[107] No obstante, debe advertirse que el marco de actuación no tiene el mismo alcance en todos los supuestos.

En algunos casos el legislador autonómico ha incorporado en el ámbito de intervención frente a los menores en conflicto social la ejecución por la Administración de las medidas acordadas por los jueces en el ámbito de la responsabilidad penal; entrelazando peligrosamente la acción protectora y la tradicionalmente denominada reformadora. En cambio, en otros casos, de forma a mi juicio más acertada, se han separado el ámbito de los menores en conflicto social (en el que la acción administrativa tiene carácter protector y educativo-preventivo) de los menores a los que el juez ha condenado por la realización de una conducta tipificada como delito o falta.[108] No obstante, en cualquier caso en este ámbito existe un cierto peligro de confusión entre la infancia peligrosa y la infancia en peligro, la acción reformadora y la protectora.

Por otra parte, por lo que se refiere al ámbito subjetivo de actuación –los menores que podrían encontrarse en situación de conflicto social– tampoco tiene el mismo alcance en todos los casos. En efecto, la ley de la Comunidad de Madrid y la de Cataluña se refieren a los "*adolescentes*", aquellos menores que hubieran cumplido los doce años.[109] En cambio, de forma más amplia, la legislación de Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia y Aragón incluye en este ámbito a todos los menores, tanto los niños como los adolescentes, por tanto, también los menores de doce años.

En cuanto a la caracterización legal de los menores u adolescentes, aunque en líneas generales es bastante similar, lo cierto es que existen algunas diferencias. Así, la legislación de Madrid, y siguiendo sus pasos

104. En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002, asunto Kutzner contra Alemania, op. 76 (JUR 2002/90946) se afirma que la decisión de los poderes públicos de tomar un menor a su cargo debe tener carácter provisional, pues "las autoridades tienen la obligación positiva de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia en cuanto sea verdaderamente posible, desde el inicio del periodo en que toman a su cargo al niño y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del niño", en otro caso se estaría vulnerando el artículo 8 de la Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos. Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988, asunto Olsson contra Suecia, op. 81 (TEDH 1988/2). Así, nuestros tribunales, por ejemplo en el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001/79466) establecen "que la Administración debe planear, a corto o medio plazo, y siempre que sea posible y conveniente para los menores, el retorno de éstos con sus padres, mediante oportunos programas de información" e incentivar y ampliar el régimen de visitas para fomentar la relación paterno-filial.

105. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 establece que en todas las medidas concernientes a los menores, también las adoptadas por los órganos legislativos, judiciales o administrativos, el interés del menor será la consideración primordial (artículo 3.1). Por ello, el remedio a la delincuencia infantil no puede ser el endurecimiento de la responsabilidad penal, sino la generalización de las medidas administrativas de carácter preventivo. El conjunto de la sociedad tiene parte de responsabilidad en los delitos o faltas cometidos por los menores.

106. Artículos 12 y 17 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ver, asimismo, la Convención de Derechos del Niño de 1989 [artículos 3.2, 33, 39, 40.3.b)].

107. Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (artículos 67 a 69 y 75); Ley de la Comunidad de Galicia 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (artículos 37 y 38); Ley de Andalucía 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (artículo 40); Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículos 62 y 63); Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (artículos 78 y 79), y Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, reformada por la Ley 8/2002, de 27 de mayo (artículos 43 a 45).

108. Así sucede en Cataluña, donde la aplicación por la Administración de las medidas adoptadas por los jueces y tribunales en el marco de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, han sido reguladas por la Ley catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil.

109. Aunque en la Ley catalana 37/1991, reformada por la Ley 8/2002, no establece expresamente que quedan comprendidos en este ámbito de intervención los menores de más de doce años, así resulta del hecho de referirse a los "adolescentes", ya que la Ley catalana 8/1995, de 26 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, establece que se entiende por "adolescente" toda persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la ley.

Cataluña, pone el acento en la conducta del menor y su resultado: adolescentes "cuya conducta altera de manera grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas"; el resultado de esta conducta es la creación de un riesgo de causar perjuicios a terceras personas o causarse daños ellos mismos. En cambio, en Galicia, Andalucía y Castilla-La Mancha, se caracteriza a estos menores partiendo de la situación que sufren y las consecuencias que ello comporta: los menores que por padecer una situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a terceros. Por otra parte, la legislación de Galicia y Castilla-La Mancha también contempla expresamente entre los menores en conflicto social aquellos menores que no habiendo alcanzado todavía la edad para exigirles responsabilidad penal (menores de catorce años) han realizado alguna conducta tipificada como delito o falta.

En todos los casos, como vemos, estaríamos ante menores no adaptados socialmente o con comportamientos o conductas antisociales capaces de generar un riesgo para sí mismos o para terceros. Las administraciones deberán desarrollar una actividad protectora a través de medidas asistenciales y educativas dirigidas a prevenir la marginación y garantizar la plena integración social del menor. La finalidad última será evitar la exclusión social y, en última instancia, la delincuencia juvenil.[110] Para ello deberán diseñarse programas y aplicarse medidas concretas que permitan neutralizar o minimizar los factores que han conducido a aquella situación de conflicto social.

4.3.2. La actuación administrativa protectora-reformadora. Las administraciones competentes

La acción administrativa preventiva y de integración social se desarrollará preferentemente en el entorno sociofamiliar del menor. Las administraciones deberán desarrollar programas de prevención y detección de la marginación y exclusión o inadaptación social. Una vez detectadas situaciones concretas, deberá pasarse a la intervención sociofamiliar a través de un tratamiento individualizado de carácter fundamentalmente educativo, dirigido a eliminar los factores que han determinado la situación de grave inadaptación o conflicto social.[111] Entre las medidas de protección y apoyo destacan: la atención especializada socioeducativa o psicoterapéutica; el asesoramiento educativo; la formación ocupacional de carácter prelaboral o ayuda profesional dirigida a facilitar al menor los medios que permitan su inserción en el mundo laboral; la atención en centros abiertos, talleres u otros servicios; la atención en el propio entorno sociofamiliar del menor; el seguimiento de los menores desinternados tras cumplir una medida penal. En ciertos casos, se prevé que la atención socioeducativa o terapéutica podría comportar el ingreso del menor en un centro especializado. Por otra parte, cuando fuera necesario los menores podrán recibir atención y tratamiento desde diferentes programas. En todo caso, las medidas de protección se dirigen a responsabilizar al menor de sus actos.[112] Para una eficaz aplicación de las mismas será fundamental establecer los necesarios mecanismos de colaboración y coordinación con los diferentes servicios y recursos públicos.

En la legislación de Madrid y Cataluña se establece que la acción preventiva deberá incidir en los factores de riesgo que originen la marginación y la delincuencia y, para ello, se propugna fomentar actividades que favorezcan los procesos de *integración social* del menor.[113] A tal fin las administraciones deberán favorecer el trabajo de los educadores de calle y los equipos de los servicios sociales de atención a la infancia y la adolescencia. La legislación catalana hace hincapié en el compromiso de establecer los recursos necesarios y la financiación adecuada para llevar a cabo esta tarea.

La mayor parte de las medidas previstas en este ámbito suponen una intervención en el entorno sociofamiliar del menor. No se trata tan sólo de medidas de apoyo a la familia que, de forma indirecta, inciden sobre el menor, ni de limitarse a vigilar el debido cumplimiento por parte de los responsables del menor de sus deberes legales de protección. De forma general, las medidas dirigidas a garantizar la integración social del menor afectarán, en mayor o menor medida, al derecho a la vida familiar y, por tanto, al ejercicio de la patria potestad o la tutela civil. Como se ha dicho, incluso podrían comportar el ingreso del menor en un

110. En aquellos casos en los que el legislador también contempla en este campo la ejecución por la Administración de las medidas judiciales impuestas a los menores en el ámbito de la responsabilidad penal, la acción administrativa se dirigirá, asimismo, a la reinserción social de estos menores.

111. Así se afirma, por ejemplo, en el artículo 37.2 de la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia; el artículo 62 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, y el artículo 40.2 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor.

112. En el artículo 64 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, se ha previsto la aplicación por la Administración autonómica de programas de autonomía personal para los menores de más de dieciséis años. El programa supone realizar el seguimiento de un menor durante un período de tiempo determinado y la aplicación de un programa de formación dirigido a conseguir la progresiva integración social y laboral del menor, su independencia y autonomía.

113. Ahora bien, por lo que se refiere a los programas y medidas concretas de actuación, el legislador catalán necesariamente se había de distanciar de las previsiones de la Ley de la Comunidad de Madrid, ya que en el primer caso no se contempla la ejecución de las medidas penales y, en cambio, en el segundo sí. Así, el legislador catalán habla de "programas de *educación y prevención*" (artículo 45) y, en cambio, la Ley de Madrid habla de "programas de *prevención y reinserción*" (artículo 69). De manera que necesariamente difiere el contenido de los programas y las medidas de actuación. Entre los programas de prevención y reinserción previstos en la legislación de Madrid, destacan programas de formación; programas de socialización complementarios a la escuela; la utilización de los recursos de los organismos de promoción ocupacional y de empleo.

centro para brindarle tratamiento especializado –piénsese en menores drogodependientes o con trastornos graves de la personalidad–. Por ello, en caso de falta de consentimiento de los padres, la Administración deberá gozar del privilegio de la denominada *autotutela declarativa y ejecutiva* que le habilite para la imposición forzosa de las medidas, o bien se requerirá autorización judicial. Ahora bien, la falta de colaboración y consentimiento de los padres para aplicar esta clase de medidas –de carácter protector y educativo y dirigidas a garantizar al menor el pleno desarrollo de su personalidad– pondrán de relieve la falta de asistencia que recibe el menor por parte de los responsables de su crianza y formación, lo que en definitiva podría constituir un supuesto de desamparo que deberá conducir a la tutela de la Administración.

Los legisladores de Cataluña y Castilla-La Mancha establecen que en la aplicación de estas medidas debe escucharse al menor y recabar el consentimiento de su familia. En el caso de que faltara el consentimiento de los representantes legales del menor o se opusieran a la aplicación de la medida, la Administración deberá solicitar autorización judicial, tras escuchar (legislación catalana) o dar conocimiento (legislación de Castilla-La Mancha) al Ministerio Fiscal.[114] Por tanto, en este ámbito, a diferencia de lo que sucede en el marco de la tutela administrativa, en Cataluña y Castilla-La Mancha, el legislador no atribuye a la Administración su tradicional privilegio de autotutela para imponer la aplicación de medidas de asistencia y protección a los menores con conductas de alto riesgo social, ya que en caso de que faltara el consentimiento de los padres o tutores se requeriría autorización judicial para intervenir.

Ahora bien, como se ha dicho, aunque el legislador no lo ha previsto expresamente al regular este ámbito de actuación administrativa, lo cierto es que cuando los servicios sociales –generalmente los de atención primaria– constaten que la situación del menor con una conducta de alto riesgo social es de desamparo, deberán proceder a instar a la Administración autonómica competente la declaración de desamparo para que asuma la tutela (de nuevo debe insistirse en la importancia de la colaboración y coordinación administrativa). En muchos casos, la falta de colaboración de los padres u otros responsables del menor en situación de conflicto social con los servicios sociales para la aplicación de medidas preventivas y educativas pondrá de relieve la falta o el indebido cumplimiento por parte de aquéllos de los deberes legales de protección y la consiguiente situación de desamparo del menor. Así, en el caso de que la Administración autonómica procediera a declarar al menor desamparado y a asumir su tutela, la aplicación de las oportunas medidas de protección ya no requieren del consentimiento de los padres o responsables, pues la propia ley anuda a la tutela de la Administración la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria. Una vez asumida por la Administración autonómica competente la tutela de un menor desamparado que se encuentra, además, en situación de grave inadaptación o conflicto social, no sólo se adoptarán las medidas de protección propias de la tutela sino también aquellas otras de carácter educativo que fueran necesarias para favorecer la integración social del menor.[115]

Además, en el caso de menores con conductas de alto riesgo social también sería posible que los padres soliciten a la Administración competente la guarda del menor, cuando se vean incapaces de controlar la situación del menor y, en consecuencia, de cumplir debidamente con sus deberes legales de protección. El artículo 172.2 del Código civil establece que "cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario".[116] Según han afirmado los tribunales, es indiferente que las circunstancias determinantes de la guarda administrativa "provengan de los propios padres o tutores o de los propios menores (pensemos en casos de toxicomanía o conflictividad que sobrepasen las capacidades de atención de la familia) o de circunstancias ajenas al ámbito familiar".[117]

En cuanto a la Administración competente para inter-

114. Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, según redacción de la Ley 8/2002, de 27 de mayo (artículo 47). Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 63.2).

115. Así, por ejemplo, la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, contempla el acogimiento residencial de los menores toxicómanos sujetos a amparo en centros específicos en los que se garantizará la asistencia y el tratamiento que requiera su situación (artículo 39).

116. En Cataluña, artículo 9 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

117. En este sentido se manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 7 de octubre de 1998 (AC 1998/7899). En el caso del que conoce el Tribunal, la madre había solicitado la intervención de los servicios sociales "debido a los graves problemas de conducta de su hijo que superaba su capacidad de respuesta para controlar la situación sin poder cumplir adecuadamente en esos momentos sus deberes asistenciales hacia el menor". La Administración procedió a declarar al menor en situación de desamparo y a asumir la tutela. Esta situación fue aprovechada por el padre –separado de la madre y quien no tenía atribuida la guarda y custodia del hijo– para enfrentar al menor con la madre. El padre se opone a la resolución de desamparo y el Tribunal concluye que "no es acertada la calificación de dicha situación como desamparo del menor [...] sino más bien estamos ante el supuesto de 'la guarda asistencial encomendada transitoriamente a la Administración' cuando los que ostentan la patria potestad, por circunstancias graves, no puedan prestarle la debida asistencia material o moral". Así, a través de este instrumento legal, la Administración podrá adoptar las medidas que permitan "ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, buscando su formación integral en los diversos aspectos individual, familiar y social".

venir, la legislación de Galicia, Andalucía y Castilla-La Mancha atribuye a la Administración autonómica la competencia para desarrollar las acciones de prevención e integración y la aplicación de las oportunas medidas de apoyo al menor. En cambio, el legislador de Madrid ha atribuido a los servicios sociales de atención primaria, prestados por las administraciones locales, el desarrollo de los programas de prevención y reinserción de los adolescentes en conflicto social. Asimismo, en Cataluña, se atribuye a los servicios sociales de atención primaria, que también prestan las administraciones locales, la función de promover programas educativos y preventivos dirigidos a fomentar la capacidad crítica, el autocontrol y el sentido de la propia responsabilidad de los adolescentes con conductas de alto riesgo social; la competencia para desarrollar acciones de prevención y detección correspondería, pues, a las administraciones locales, en concreto, a los municipios y comarcas. Ahora bien, cuando valorada la situación del menor se concluya la necesidad de un tratamiento especializado, los servicios sociales de atención primaria procederán a derivar el caso a los servicios sociales de atención especializada.[118]

4.4. A modo de conclusión. La relevancia de la actuación de las administraciones locales en la protección de los menores

En definitiva, las administraciones locales han de desempeñar un papel fundamental en la protección de los menores, ya que son las más próximas al entorno sociofamiliar en el que, de forma preferente, deberá desarrollarse la acción administrativa protectora. No obstante, como ha podido observarse, las competencias locales no tienen el mismo alcance en las diversas comunidades autónomas. Del examen de las diversas normas autonómicas sobre protección de menores resulta que, aunque existen ciertos elementos comunes en cuanto a la participación de las entidades locales, también encontramos algunas diferencias.

En primer término, las competencias de las administraciones locales sobre asistencia y protección de menores derivarían de lo dispuesto en la propia legislación de régimen local. En efecto, el artículo 25.2.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (LBRL), establece que los municipios ejercerán, en todo caso, competencias en materia de "prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social". Los municipios, según resulta del citado precepto, deberán ejercer sus competencias en el marco de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas. Así, las diversas normas autonómicas sobre protección de menores habrán de contemplar la actuación de las administraciones locales en esta materia. Por otra parte, la creación y prestación de servicios sociales, en el caso que nos ocupa destinados a la protección de menores, es una competencia inherente a la competencia genérica que el propio artículo 25.1 atribuye a los municipios para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades de su comunidad.

Además, el artículo 26 de la citada LBRL impone a los municipios de más de veinte mil habitantes la obligación de prestar, por sí o asociados, "servicios sociales". Pues bien, del examen de la legislación autonómica de servicios sociales y, en particular, en Cataluña, resulta que el área básica de servicios sociales está formada por un municipio de más de veinte mil habitantes o por el conjunto de municipios de hasta veinte mil habitantes. Las áreas básicas tienen encomendada la función de prestar y gestionar los servicios sociales generales o de atención primaria que constituyen la puerta de acceso al sistema de servicios sociales.[119]

Por tanto, los municipios podrán promover toda clase de actividades y crear servicios dirigidos a garantizar la asistencia y protección a los menores, en la medida que con ello contribuyen a satisfacer las necesidades de su comunidad. Por otra parte, los municipios deberán participar en el ejercicio de las competencias que afecten a la esfera de intereses de su comunidad. Así, la legislación estatal o autonómica de protección de menores deberá contemplar la actuación asistencial y protectora de las administraciones locales. Como hemos visto, la legislación autonómica atribuye, de forma general, a las administraciones locales la función de informar, detectar, prevenir y, en su caso, valorar e intervenir en situaciones de riesgo. En el caso de detectarse situaciones de posible desamparo, los servicios sociales de atención primaria derivarían el caso a los servicios sociales especializados de la Administración autonómica. La Administración autonómica asumirá la tutela del menor y adoptará las oportunas medidas de protección. Sin embargo, los servicios sociales locales deberán seguir actuando en el entorno familiar del menor con el fin de

118. El Decreto 27/2003, de 21 de enero, de la atención social primaria, dispone en su artículo 3.2.b) que la atención social primaria tiene como ámbito territorial de su actuación el Área Básica de Servicios Sociales (ABSS) de la que es competente la Administración local correspondiente; según resulta del propio decreto, el municipio o la comarca. Ver, asimismo, el artículo 9 del Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre.

119. En este sentido, en Cataluña el Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, de asistencia y servicios sociales (artículos 14 y 15). Ver, asimismo, por ejemplo, la Ley andaluza 2/1998, de 4 de abril, de servicios sociales (artículos 19 y 18); en Asturias, Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales (artículos 10, 16 y 17); en Galicia, Ley 4/1993, de 14 de abril, de servicios sociales (artículos 21 y 22), en Madrid, Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales (artículos 31 y 46).

hacer posible la posterior reintegración familiar. La legislación autonómica sobre protección de menores generalmente ha enmarcado la actuación de las administraciones locales en el entorno socio-familiar del menor. Por otra parte, las entidades locales tienen encomendada la función de detectar las situaciones de desprotección y, a tal efecto, será fundamental la debida coordinación con los servicios sanitarios y educativos presentes en su ámbito territorial.

Asimismo, las administraciones locales deberán desempeñar un papel esencial en la detección y prevención de situaciones de marginación e inadaptación, en definitiva, de conflicto social. Debe tenerse en cuenta que la propia LBRL contempla la prestación de servicios sociales dirigidos a la promoción y reinserción social [artículo 25.2.k)]. Sin perjuicio, de que aquellos casos que requieran una intervención individualizada y especializada deban ser derivados a los servicios sociales especializados que, generalmente, prestarán las administraciones autonómicas. De nuevo será fundamental establecer mecanismos de coordinación entre los diversos servicios y recursos de las administraciones competentes. Este es un ámbito de actuación administrativa en el que queda mucho por hacer. No cabe duda que los menores en conflicto social tienen derecho a ser asistidos y, en definitiva, protegidos por las administraciones competentes, ya que sufren una situación que perjudica claramente su desarrollo personal y social. Por tanto, las administraciones deben garantizarles los derechos que les asisten y actuar para neutralizar los factores que han provocado aquella situación y promover la protección del menor.[120] Los poderes públicos no pueden esperar para intervenir a que el menor cometa un ilícito penal para exigir la consiguiente responsabilidad penal. Las administraciones deben actuar de forma previa y detectar y prevenir aquellas situaciones de marginación social que pueden llevar al menor al mundo de la delincuencia infantil. Las administraciones locales son las mejor situadas para llevar a cabo esta labor de detección y prevención al ser las más próximas al ciudadano.

Ahora bien, para una eficaz actuación administrativa en materia de protección de menores es esencial contar con los medios personales y materiales necesarios. Así, no puede pasarse por alto la cuestión de la financiación de la importante –tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo– acción protectora encomendada a las entidades locales. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las diversas normas sobre protección de menores han proclamado la *prioridad presupuestaria*. De forma que en la elaboración de los presupuestos de las entidades locales deberá atenderse de forma prioritaria a la actividad de asistencia y protección a los menores. Por otra parte, las administraciones autonómicas deberán colaborar con las administraciones locales.[121] El convenio interadministrativo se configura de forma general como el instrumento a través del cual se articula el traspaso de recursos de las administraciones autonómicas a las administraciones locales para la financiación de los servicios de protección a los menores. No obstante, se contempla, asimismo, la concesión de ayudas, subvenciones, transferencias u otras prestaciones económicas para la ejecución de programas, servicios o actuaciones que se ajusten a la planificación o programación de la Administración autonómica.[122]

Por otra parte, en materia de financiación deberán tenerse en cuenta las observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, tras el examen del informe presentado por España (CRC/C/15/Add. 185, de 7 de junio de 2002), en el que pone de relieve la preocupación por la falta de equilibrio en la distribución de recursos en el ámbito central, regional y local. Por supuesto, las administraciones locales son las que se encuentran con mayores problemas para financiar las actividades y los servicios dirigidos a brindar protección a los menores. En las citadas observaciones se recomienda al Estado español "identificar la cantidad y proporción del presupuesto destinado a los niños a escala nacional, regional y local, para poder evaluar el impacto y efecto de los gastos en la infancia".

5. El control de la Administración en materia de protección de menores

En nuestro sistema jurídico la responsabilidad de garantizar la asistencia y protección de los menores se atribuye de forma sucesiva a diversas personas y entidades. Así, los padres o tutores son los primeramente responsables de la crianza y formación de los menores y de

120. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

121. En el caso de Cataluña, los entes locales deben financiar el coste de los servicios sociales de atención primaria de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local y la legislación de asistencia y servicios sociales. Pues bien, el Decreto 27/2003, de 21 de enero, de atención social primaria, establece que la Administración de la Generalidad, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias, colaborará en la financiación de estos servicios a través de la formalización de convenios de colaboración y el otorgamiento de subvenciones (artículo 20).

122. Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (disposición adicional 1.ª); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (artículo 129); Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y la adolescencia (artículo 27.2); Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (disposición adicional 4.ª y 5.ª); Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (disposición adicional 1.ª y 2.ª). Por otra parte, las propias entidades locales establecerán en sus presupuestos las dotaciones precisas para la financiación de las prestaciones de aquellos servicios sociales que hubieran dispuesto [artículo 25.k) en relación con el artículo 112 de la LBRL].

123. Artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 13 de enero, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

garantizarles el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad. Por su parte, las administraciones públicas deben colaborar y velar porque la familia cumpla debidamente sus deberes legales y, en su caso, actuar de forma subsidiaria para garantizar a los menores la efectiva protección. Por otra parte, corresponde al Ministerio Fiscal salvaguardar los derechos e intereses de los menores y, por ello, se le atribuye la función de vigilar las actuaciones administrativas protectoras. En última instancia corresponderá a la autoridad judicial decidir las medidas de protección más convenientes para el menor.

Ahora bien, para determinar las vías de control judicial y el marco dentro del cual el Ministerio Fiscal deberá realizar su función de vigilancia y control de la actividad administrativa protectora, deberemos tener en cuenta que esta actividad podrá ser de detección, prevención –general o particular– o de intervención. De forma que será necesario distinguir las actuaciones con efecto protector –que se enmarcan fundamentalmente en el ámbito de la colaboración con la familia y en el de la prevención general– y la actividad directamente protectora que supone una intervención individualizada en el entorno socio-familiar de un concreto menor –ya sean dirigidas a prevenir situaciones concretas de desprotección o a eliminar los factores que las han producido mediante medidas de intervención.

5.1. La intervención del Ministerio Fiscal. Las actuaciones procesales y extraprocesales

El Ministerio Fiscal tiene encomendada la defensa y tutela de los derechos e intereses de los menores, tanto a través de actuaciones procesales como extraprocesales. El estatuto orgánico del Ministerio Fiscal le atribuye "la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos".[123]

Las funciones tuitivas y protectoras del Ministerio Fiscal se han ido incrementado a partir de la Constitución. Por lo que se refiere al ámbito de los menores, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados preceptos del Código civil, constituye un hito fundamental. Esta ley incorporó al Código civil las figuras de la tutela de la Administración de los menores desamparados y la guarda administrativa (artículo 172). Dos instrumentos jurídicos a través de los cuales las administraciones públicas deberán hacer efectivo el derecho de los menores en situación vulnerable a recibir asistencia y protección de las administraciones. Por su parte, el artículo 174 encomienda al fiscal la superior vigilancia de la tutela y guarda ejercida por las administraciones competentes y la debida aplicación de la medida protectora de acogimiento.[124]

El artículo 174 del Código civil dispone lo que sigue:

"1. Incumbe al fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección.

"2. A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de la tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.[125]

"3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe."

Ahora bien, en un primer momento la función de vigilancia y control atribuida al Ministerio Fiscal se circunscribía a la tutela y guarda administrativa y a la medida de acogimiento familiar, ya que éstas eran las únicas vías legales que el legislador estatal había previsto para que las administraciones brindaran protección a los menores en situación de necesidad. Sin embargo, a medida que las leyes han ido ampliando el ámbito protector encomendado a las administraciones públicas –menores en situación de riesgo y conflicto social– se han ido reforzando las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal.[126] Por otra parte, si en un primer momento sólo se contempló el control judicial de las resoluciones administrativas en materia de tutela o guarda administrativa[127] (pues, como se ha dicho, en aquel entonces eran los únicos instrumentos legales para brindar protección

124. En el proyecto inicial, se había atribuido a la autoridad judicial la vigilancia de la tutela de las administraciones públicas. Sin embargo, este criterio fue modificado en el trámite parlamentario para atribuir tal competencia al Ministerio Fiscal. Las razones del cambio fueron expresadas en el Congreso por el diputado del Grupo Socialista Sr. Cuesta Martínez: "Hemos introducido en ponencia una modificación importante y ha sido la intervención del Ministerio Fiscal. Y la hemos introducido porque no queremos saturar la labor, la función y el trabajo de muchos jueces ni una paralización de los juzgados y tribunales españoles." Cf. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi,* Universidad de La Coruña, 1999, págs. 27-28.

125. Ver, asimismo, el artículo 18 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

126. Así lo afirma expresamente el propio legislador en la Exposición de motivos de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

127. La disposición adicional 1.ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispuso la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria contra las resoluciones de desamparo u otras resoluciones dictadas en ejercicio de la tutela o guarda administrativa. De esta manera, el legislador daba respuesta a la controversia planteada en la doctrina sobre cuál debía ser la vía procesal para recurrir este tipo de resoluciones administrativas. *Vid.* BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 145-157.

pública a los menores), en la actualidad, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha previsto un nuevo proceso especial para la oposición frente a todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, en el marco del cual el fiscal podrá ser tanto demandante –cuando es quien ejercita la pretensión de oposición– como parte necesaria (artículo 749). Así, en la medida que el fiscal puede oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, es evidente que deberá tenerse conocimiento previo de las mismas.[128]

5.1.1. Las actuaciones extraprocesales. La función del fiscal de control o vigilancia de la actuación administrativa protectora

La función de vigilancia y control de la actuación administrativa protectora que la ley encomienda al Ministerio Fiscal inicialmente alcanzaba, como se ha dicho, a la tutela y guarda administrativa y la medida de acogimiento y, con posterioridad, se ha extendido a las nuevas técnicas previstas por la ley que supongan una intervención directa e individualizada de las administraciones públicas en el entorno socio-familiar del menor con el fin de garantizar su protección. Así, el Ministerio Fiscal tiene la función de vigilar y supervisar las actuaciones y decisiones adoptadas en este ámbito por las administraciones públicas, con el fin de salvaguardar los derechos de los menores y garantizar que se atiende a su interés superior.[129]

5.1.1.1. El control de las decisiones administrativas en materia de protección de menores. La notificación al fiscal de las resoluciones administrativas

Las administraciones públicas deberán comunicar o notificar al Ministerio Fiscal todas aquellas resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Esto es, todas aquellas decisiones que supongan una intervención directa e invidividualizada en el entorno socio-familiar del menor, aquéllas adoptadas conforme al principio de subsidiariedad progresiva respecto de las obligaciones legales de padres o tutores.

El artículo 174.2 del Código civil establece que las administraciones competentes deberán remitir al Ministerio Fiscal copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Asimismo, el propio precepto dispone que las administraciones deberán comunicar al fiscal cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.[130] Ahora bien, en la actualidad, esta obligación, como se ha dicho, debe extenderse a todas las resoluciones administrativas dirigidas directamente a brindar protección a un concreto menor.

Es más, desde mi punto de vista, la Administración debería comunicar al Ministerio Fiscal el acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo dirigido a verificar una situación de riesgo, desamparo o conflicto social ya detectada y a acordar las oportunas medidas de protección. De forma que el fiscal podrá personarse y ser parte en el procedimiento en el curso del cual se examinarán y valorarán las circunstancias del menor y, en su caso, se declarará la situación de riesgo, desamparo o conflicto social y se adoptarán las necesarias medidas de protección. La función del fiscal no se debería limitar a un control *ex post,* limitado a la resolución administrativa, sino que deberá tener la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo.[131] El fiscal tiene la consideración de interesado en estos procedimientos, en la medida que tiene atribuida la función de salvaguardar los derechos e intereses de los menores.

La Carta Europea de los Derechos del Niño dispone en su punto 8.14 que "en la totalidad de procedimientos (también los administrativos) deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño".

En cuanto al plazo dentro del cual la Administración deberá notificar al Ministerio Fiscal las referidas resoluciones administrativas, del artículo 172 del Código civil resultaría que la resolución de desamparo deberá comunicada en el plazo de cuarenta y ocho horas.[132] Este plazo podría considerarse extensible a todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Por otra parte, en el momento de notificar al Ministerio Fiscal las resoluciones administrativas, de-

128. Ver, asimismo, la disposición adicional 3.ª.1.ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

129. Por ello, el fiscal deberá trabajar codo con codo con las administraciones, controlándolas y, en su caso, colaborando con los servicios de protección de menores, según se afirma en la *Memoria del año 1991 elevada al Gobierno por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 1992, pág. 498.

130. Asimismo, en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, ha establecido que la Administración competente deberá comunicar al Ministerio Fiscal la adopción de medidas que comporten la separación del menor de su familia. La propia ley ha previsto la intervención del Ministerio Fiscal al regular la "atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social"; las medidas preventivas y educativas deberán adoptarse en todo caso con el consentimiento del representante legal del adolescente y si este faltara o se opusiera sin fundamento, sería necesario solicitar autorización judicial una vez escuchado el Ministerio Fiscal (artículo 47). Ver, asimismo, la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 63.2).

131. En el mismo sentido se ha pronunciado VARGAS CABRERA, Bartolomé, "El Ministerio Fiscal y los servicios sociales de protección al menor", ponencia presentada en las Jornadas de protección al menor, celebradas en San Sebastián en diciembre de 1988, ponencia de la que se hace eco MIRANDA ESTRAMPES, Manual, "Intervención del fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial" (ponencia presentada el 2001 y que el autor ha tenido la gentileza de facilitarme).

132. En Cataluña, el artículo 2.3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados, establece que la resolución de desamparo será comunicada al fiscal en el plazo máximo de dos días (artículo 2.3).

berá acompañarse el conjunto del expediente administrativo; son especialmente importantes los estudios e informes sobre la situación del menor y su entorno realizados en el curso del procedimiento dirigido a adoptar la decisión que se notifica.

La función de vigilancia y control atribuida al fiscal tiene un doble alcance. El control se referirá tanto a los aspectos formales de las resoluciones administrativas como a los aspectos materiales.[133] Así, por un lado, el fiscal controlará que la Administración ha respetado el procedimiento legalmente establecido. En especial, el trámite de audiencia a todos los interesados y, de forma destacada, al propio menor.[134] Por otra parte, el fiscal deberá controlar que la resolución administrativa esté debidamente motivada, expresando los hechos y circunstancias por los cuales aquella decisión es la más conveniente para el interés superior del menor. Además, el fiscal también deberá controlar que la resolución administrativa haya sido debidamente notificada a los padres u otros responsables del menor y, en su caso, al propio menor; en el supuesto de que la resolución no hubiera sido notificada se deberán comunicar al fiscal las razones que justifican o explican la falta de notificación. En cuanto a los aspectos materiales de las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, el fiscal deberá controlar que la actuación administrativa se ajuste a la legalidad y a los principios que rigen la materia, en especial el interés superior del menor.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal controlará, en su caso, el régimen de visitas establecido por la Administración entre el menor sometido a tutela y su familia. Debe tenerse en cuenta que la asunción de la tutela por la Administración de un menor en situación de desamparo y la adopción de medidas que impliquen la separación del núcleo familiar no comporta la privación o suspensión del derecho de visitas. Por tanto, la Administración deberá notificar, asimismo, al Ministerio Fiscal el régimen de visitas establecido.[135] Por otra parte, en el caso de que la Administración hubiera considerado conveniente no establecer un régimen de visitas, en la resolución administrativa en la que acuerda la medida de protección deberá expresar las razones de dicha decisión, teniendo en cuenta el interés del menor. Esta resolución administrativa deberá ser, asimismo, notificada al Ministerio Fiscal, que conocerá y controlará las razones por las que se ha suspendido o suprimido el derecho de visitas entre el menor y su familia.

5.1.1.2. El control de la actividad administrativa protectora. En especial, el control de las funciones tutelares

Las administraciones deberán notificar al Ministerio Fiscal no sólo las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores sino que, además, deberán comunicarle cualquier novedad en las circunstancias de los menores (artículo 174.2 del Código civil). Debe tenerse en cuenta que la actividad administrativa protectora ha de tener un carácter flexible, esto es, en todo momento deberá adecuarse a las cambiantes circunstancias del menor y de su familia. La función de control de la actuación administrativa protectora no se limita a cuestiones formales o procedimentales, el control se extiende a la totalidad de actuaciones administrativas. Por ello, el citado artículo 174 del Código civil atribuye, asimismo, al Ministerio Fiscal la tarea de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y, en su caso, promover ante la autoridad judicial las medidas de protección que estime necesarias.[136]

Por tanto, el Ministerio Fiscal deberá comprobar de forma permanente las circunstancias de aquellos menores que son tutelados o están bajo la guarda de una administración pública. Por otra parte, el Ministerio Fiscal deberá comprobar que el instrumento de protección es el apropiado. Así, la Administración no podrá constituir una guarda administrativa cuando lo que corresponde es asumir la tutela del menor desamparado. Por otra parte, la Administración tampoco podría declarar al menor desamparado y asumir su tutela para aplicar una medida de protección que implique la separación de su familia, cuando se trata de un menor en situación de riesgo al que podrían aplicarse medidas en el propio entorno familiar del menor y viceversa.

En la práctica, las administraciones remiten cada seis meses al Ministerio Fiscal un informe sobre la evolución de la situación personal y socio-familiar de los menores tutelados y las perspectivas de una posible reintegración familiar. Ahora bien, con independencia del control semestral, el Ministerio Fiscal en cualquier momento podrá solicitar la información que estime necesaria a las administraciones competentes.

Por otra parte, las funciones de vigilancia y control de

133. En este sentido se pronuncia MIRANDA ESTRAMPES, Manual, "Intervención del fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial", 2001, (ponencia no publicada que el autor ha tenido la gentileza de facilitarme), pág. 19.

134. El artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que en aquellos casos en que el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada *y comunicada al Ministerio Fiscal*.

135. La Administración deberá remitir al Ministerio Fiscal el documento de formalización de la medida de acogimiento (artículo 174 del Código civil) y en este deberá constar "la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido" [artículo 173.2, 3.º a) del Código civil].

136. Así, por ejemplo, cuando la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, regula el acogimiento residencial, establece que el director del centro ejercerá la guarda "bajo la vigilancia de la Administración y la superior del Ministerio Fiscal" (artículo 36.3). El mismo precepto establece que los cambios de centro de protección deberán acordarse por resolución motivada que será "comunicada inmediatamente al Ministerio Fiscal".

la actividad administrativa protectora alcanzan también a los centros que acogen menores –tal como dispone el artículo 21.4 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor–, ya sean centros directamente gestionados por las administraciones públicas o centros privados colaboradores. En cumplimiento de esta función, el Ministerio Fiscal deberá visitar regularmente los centros de acogida y residenciales con el fin de conocer su organización, funcionamiento y proyecto educativo.[137] Por otra parte, estas visitas a los centros constituyen un cauce que permitirá, en su caso, que los menores pongan en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que consideren que atentan contra sus derechos a fin de que éste promueva las acciones oportunas.[138]

Con el objeto de desarrollar de forma eficaz las funciones de vigilancia y control de la actuación administrativa protectora, el Ministerio Fiscal deberá llevar un expediente de cada uno de los menores declarados en situación de desprotección, ya sea riesgo, desamparo o conflicto social. Así, el Ministerio Fiscal procederá a la apertura de un expediente siempre que tenga conocimiento, a través de la comunicación de la Administración, de un menor sometido a la tutela o guarda administrativa o al que –por encontrarse en situación de riesgo o conflicto social– se están aplicando medidas que suponen una intervención directa e individualizada en el entorno socio-familiar del menor y en el ejercicio de los deberes legales de protección atribuidos a padres o tutores. Asimismo, la fiscalía abrirá un expediente cuando conozca a través de la comunicación de otras autoridades, particulares o del propio menor de una posible situación de desprotección. En el expediente de la fiscalía se harán constar todas las actuaciones e incidencias relativas al menor, las resoluciones y los expedientes que le hubiera trasladado la Administración u otras autoridades.[139] Por otra parte, según ha establecido el artículo 23 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela administrativa deberá llevarse en cada fiscalía un índice de tutelas de menores.

Además, el desarrollo eficaz de la tarea de superior vigilancia de la actuación administrativa de protección de menores que la ley atribuye al Ministerio Fiscal hace necesario establecer cauces para la cooperación y coordinación con las administraciones competentes. A tal efecto, será conveniente mantener un diálogo permanente. En esta línea, en una nota de servicio de 26 de febrero de 1988, la Fiscalía General del Estado instaba a las fiscalías a mantener contactos frecuentes con las administraciones públicas que tuvieran encomendada en su respectivo territorio competencias en materia de protección de menores.[140]

5.1.2. Las actuaciones procesales. La impugnación judicial de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y las actuaciones frente a la inactividad de la Administración

La ley encomienda al Ministerio Fiscal la tarea de realizar un seguimiento de la actuación administrativa protectora. Por está razón, como se ha visto, las administraciones deberán dar cuenta al Ministerio Fiscal de las decisiones adoptadas. Por su parte, el Ministerio Fiscal podrá promover ante la autoridad judicial la modificación, la suspensión o el cese de la medida de protección adoptada por la Administración.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha regulado un proceso especial para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (artículo 748.6). Se trata de un proceso contencioso que se sustancia por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en la propia ley (artículo 753 en relación con el artículo 780). En este proceso el Ministerio Fiscal podrá actuar como parte demandante si ejercita la pretensión de oposición y, en caso contrario, como parte demandada necesaria (artículo 749).

5.1.2.1. La promoción de la modificación, la suspensión o el cese de las medidas administrativas de protección

La Administración, como se ha visto, deberá comunicar al Ministerio Fiscal todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores,[141] aquellas que supongan una intervención directa e individualizada sobre el menor y su entorno socio-familiar.

137. Además, el fiscal deberá conocer los reglamentos de régimen interno de los centros, en especial, el régimen disciplinario, con el fin de comprobar que, en todo caso, queden garantizados los derechos de los menores y se respeten los principios que rigen la actuación en materia de menores. Cuando el legislador catalán regula el "estatuto de la población menor acogida en centros de atención a personas menores", prevé que la imposición de medidas correctoras a los menores residentes deberá comunicarse dentro de las veinticuatro horas desde su adopción al Ministerio Fiscal (artículo 52.3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados modificada por la Ley 8/2002, de 27 de mayo).

138. Artículo 10.b) de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

139. De forma que en el momento en que el Ministerio Fiscal deba realizar alguna actuación relativa a un concreto menor deberá examinar el expediente de la fiscalía para conocer la situación de aquel menor. Así lo señala MIRANDA ESTRAMPES, Manual, "Intervención del fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial", 2001, (ponencia no publicada y que el autor tuvo la gentileza de facilitarme).

140. Así lo pone de relieve MIRANDA ESTRAMPES, Manual, "Intervención del fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial", 2001 (ponencia no publicada, pág. 29).

141. Como se ha dicho unas líneas antes, el artículo 174.2 del Código civil sólo se refiere a las resoluciones administrativas relativas a la constitución, la variación y el cese de las tutelas, guardas y acogimientos. Sin embargo, con posterioridad a la incorporación de este precepto al Código civil se ha ido ampliando el ámbito de la acción protectora encomendada a la Administración. Así, en la actualidad, la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, regula un proceso especial cuyo objeto es la oposición a todo tipo de resolución administrativa dictada en materia de protección de menores (artículo 748.6).

En su función de control de la actuación administrativa protectora, el Ministerio Fiscal, en el caso de que considerara que la Administración no ha adoptado las medidas de asistencia y protección más convenientes, deberá promover ante la autoridad judicial la modificación, la suspensión o el cese de las mismas.[142] Por otra parte, la propia ley advierte que la vigilancia del Ministerio Fiscal no exime a la Administración de su responsabilidad con el menor (artículo 174.3).

El Ministerio Fiscal está legitimado para oponerse a las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores y actuar como parte demandante. Por otra parte, el Ministerio Fiscal tendrá la condición de parte demandada en todos los procesos que hubieran sido iniciados a instancia de cualquier persona.[143]

5.1.2.2. La actuación del Ministerio Fiscal frente a la inactividad de la Administración

El Ministerio Fiscal, como se ha visto, controla y supervisa la actividad de la Administración en materia de protección de menores para, en su caso, promover ante la autoridad judicial la modificación o el cese de las medidas acordadas. Ahora bien, el Ministerio Fiscal también puede promover la actuación de la Administración en esta materia siempre que tenga conocimiento de la existencia de un menor en situación de desprotección. De forma que el Ministerio Fiscal también controlará la inactividad de la Administración que suponga lesión o menoscabo del derecho de los menores en situación vulnerable a recibir asistencia y protección pública.

El propio menor puede dirigirse al Ministerio Fiscal para poner en su conocimiento las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.[144] Además, el Ministerio Fiscal puede tener conocimiento de una situación de desprotección a través de los servicios sanitarios, educativos, sociales, la policía o denuncias de particulares. En estos casos, el Ministerio Fiscal deberá poner los hechos en conocimiento de la Administración competente –acompañando todos los datos que tenga sobre la situación del menor– y la instará a realizar las averiguaciones oportunas y brindar, en su caso, la necesaria protección. Por su parte, la Administración deberá comunicar al Ministerio Fiscal el resultado de sus actuaciones.

En aquellos casos en que la Administración no adoptara las necesarias medidas de protección, el Ministerio Fiscal podría acudir a la autoridad judicial, para solicitar la adopción de las medidas "que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios", al amparo el artículo 158.3 del Código civil. Este precepto establece que "estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria". Es más, el propio menor o cualquier pariente podrían instar al juez a dictar estas medidas.

La actual redacción del artículo 158 del Código civil proviene de la disposición final 4.ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En la exposición de motivos de esta ley se declara que "respecto a las medidas que los jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el Código civil en el artículo 158, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden el ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y se establece la posibilidad de que el juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal". El propio legislador afirma que "se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos". La finalidad es que el menor "no quede indefenso o desprotegido en ningún momento".

Así, al amparo del referido artículo 158 del Código civil, el Ministerio Fiscal podría instar ante la autoridad judicial la adopción de la guarda judicial. El propio artículo 172.2 *in fine* dispone que "se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda".

5.2. La cuestión del orden jurisdiccional competente para

142. Ahora bien, en el caso de que el Ministerio Fiscal considerara que la medida de protección acordada por la Administración no es la más conveniente para el interés superior del menor, antes de acudir a la autoridad judicial debería instar a la propia Administración la modificación o cese de la medida. Aunque la norma no lo prevé expresamente, el Ministerio Fiscal debería solicitar en primer termino a la Administración la modificación de aquellas actuaciones que pudieran no resultar adecuadas para el interés superior del menor y sólo cuando tal requerimiento no fuera atendido acudir a la autoridad judicial.

143. Artículo 749.2 en relación con el artículo 748.6.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. La disposición adicional 3.ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, faculta al Ministerio Fiscal para actuar de oficio en interés del menor, en el marco de los procedimientos de jurisdicción voluntaria de los títulos IX y X del libro I del Código civil, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estime oportunas. Ahora bien, la remisión al procedimiento de jurisdicción voluntaria deberá entenderse actualmente referida al procedimiento que ha establecido la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en su artículo 780, para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ya que este nuevo procedimiento ha venido a sustituir al procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, la citada disposición adicional 3.ª establecía ciertas particularidades referidas al procedimiento de jurisdicción voluntaria que serían aplicables al nuevo procedimiento judicial. Así, por lo que se refiere al papel del Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio en interés del menor y, en su caso, suplirá la pasividad de los particulares y les asesorará sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes. De forma que los padres o tutores podrían solicitar al Ministerio Fiscal que planteara la oposición frente a una resolución administrativa en materia de protección de menores.

144. Así lo establece el artículo 10.2.b) de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

conocer los recursos contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

Las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, de forma general, y en particular aquellas mediante las que se declara el desamparo y se adoptan determinadas medidas de protección, están dotadas de las características propias de los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo.[145] Por tanto, en principio el control de las mismas debería corresponder a los tribunales del orden contencioso administrativo.[146]

Sin embargo, el legislador ha residenciado el control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en los tribunales del orden jurisdiccional civil. ¿Cuál ha sido la razón? Pues bien, la respuesta a esta cuestión requiere volver nuestra mirada al pasado. En efecto, cuando el legislador estatal incorpora al Código civil la figura de la tutela *ex lege* de las administraciones públicas (mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) omite cualquier referencia al régimen de recursos contra las resoluciones de desamparo. Al no regularse la vía a través de la cual impugnar estas resoluciones administrativas, se plantea el problema de determinar el cauce procesal que permita canalizar la oposición a la resolución de desamparo y las medidas de protección acordadas por la Administración que tiene encomendada la tutela.

Pues bien, la doctrina civilista, que califica la tutela administrativa de institución civil por haber sido regulada por el Código civil y, en cierta manera, la asimila a una tutela ordinaria –aunque con ciertas particularidades–, considera que la competencia para conocer los conflictos que puedan plantearse corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil y propugna la aplicación de la disposición transitoria 10.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que remitía a las normas de jurisdicción voluntaria para la resolución de las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones entre cónyuges.[147] Para la doctrina administrativa prácticamente pasó inadvertido este nuevo ámbito de actuación administrativa. Así, ante la ausencia de previsión legal el camino seguido en la práctica fue el apuntado por una parte de la doctrina civil.[148]

Debe tenerse en cuenta que de la resolución administrativa de desamparo también derivan, por obra de la ley, ciertos efectos civiles, ya que el legislador anuda a la atribución de la tutela a la Administración el efecto de suspender de forma automática la patria potestad o la tutela ordinaria. Pues bien, del examen de la legislación aplicable en materia de protección de los menores desamparados resulta que el legislador, en el momento de considerar la oposición a las resoluciones administrativas sobre desamparo y tutela de la Administración, parece considerar fundamentalmente la oposición de los padres o tutores que, precisamente, discutirían la resolución de desamparo para impedir que se produzca el efecto de quedar suspendida la patria potestad o la tutela.[149] Ésta podría ser asimismo una razón más que explicaría que finalmente se haya optado por atribuir al orden jurisdiccional civil el conocimiento de los recursos contra las resoluciones administrativas dictadas en esta materia.

Así, el artículo 172.6 del Código civil, redactado conforme a la disposición final 5.ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispuso que "las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa". Es más, la disposición adicional primera de la citada ley orgánica remitió a las

145. No obstante, debe advertirse que, como se ha visto, algunas normas autonómicas no han atribuido a la Administración el privilegio de la autotutela para imponer la aplicación de medidas dirigidas a neutralizar la situación de conflicto social. Así, en el caso de Cataluña y Castilla-La Mancha, cuando los responsables del menor no prestan su consentimiento a la aplicación de las medidas, la Administración no puede proceder a su ejecución forzosa y debe solicitar autorización judicial.

146. En efecto, el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa establece que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujetas al Derecho administrativo. Ahora bien, la propia ley dispone en su artículo 3.a) que "no corresponden al orden jurisdiccional contencioso administrativo: "las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social *aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública*".

147. Esta disposición establecía que "mientras no se modifique la Ley de enjuiciamiento civil, se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan [...] para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente". Además, poco después, la Ley 13/1983, de 14 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, estableció en su disposición adicional que los "procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro I del Código civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil sobre jurisdicción voluntaria". *Vid.* BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas,* Tecnos, Madrid, 1997, págs. 145-157; IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela* ex lege *y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 304-315.

148. Sin embargo, en ciertos casos se acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa para recurrir una resolución administrativa mediante la que se declaraba a un menor desamparado y se adoptaba la consiguiente medida de protección en el marco de la tutela. Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de julio de 1996 (RJCA 1996/2093) o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996/891). Es más, la ausencia de regulación legal llevó al planteamiento de un conflicto de competencias negativo que fue resuelto mediante el Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia) de 9 de julio de 1998 (RJ 1998/1571) a favor del orden jurisdiccional civil.

149. En efecto, el control judicial de la actuación de la Administración en materia de protección de menores tiene por objeto principal la tutela judicial de los responsables legales del menor que han visto cómo la Administración ha interferido en el ejercicio de la patria potestad o la tutela ordinaria. En cambio, desde mi punto de vista, el control judicial debería dirigirse en primer término a asegurar que el menor tenga garantizado en todo momento su derecho a la protección pública y la debida tutela judicial de este derecho. Sin embargo, falta el cauce procesal adecuado para controlar la inactividad de la Administración en materia de protección de menores.

normas de la jurisdicción voluntaria, no sólo para recurrir las resoluciones administrativas de desamparo, sino "para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores". Con posterioridad, como veremos, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha regulado un proceso especial para oponerse a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (artículo 748.6 en relación con los artículos 779 a 781).

Ahora bien, los tribunales de lo contencioso-administrativo se han declarado competentes para conocer los vicios formales de las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Cuestiones como la competencia de la Administración o del órgano administrativo, la adecuación al procedimiento legalmente previsto, la falta de motivación o la notificación defectuosa podrían ser planteadas ante los tribunales del orden contencioso-administrativo.[150] La fiscalización de estos tribunales deberá limitarse a los aspectos forma-les. En este caso, en la medida que la resolución administrativa no hubiera agotado la vía administrativa deberá interponerse el correspondiente recurso de alzada ante la propia Administración y, en el supuesto de que la resolución agotara la vía administrativa podría interponerse el recurso administrativo potestativo de reposición.

Ahora bien, también cabría plantear la invalidez de la resolución administrativa por defectos formales en el marco del proceso civil como una cuestión prejudicial. El artículo 10.1 de la Ley orgánica 6/1986, de 1 de julio, del poder judicial, establece que "a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente".

Por otra parte, en aquellos casos que la ejecución forzosa de la resolución administrativa dictada en materia de protección de menores hiciera necesaria la entrada en un domicilio, corresponderá a los juzgados de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar la entrada en el domicilio, según resulta del artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

5.3. El control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el orden jurisdiccional civil. El procedimiento previsto en los artículos 779 y 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, establece un nuevo cauce procesal para recurrir ante los tribunales civiles las resoluciones dictadas por las administraciones en materia de protección de menores, que viene a sustituir la aplicación que se venía realizando del procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículos 779 y 780).[151]

El proceso especial establecido en el artículo 780 constituye el cauce procesal para impugnar todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores.[152] Con anterioridad, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, parecía contemplar tan sólo las resoluciones relativas a la tutela o la guarda administrativa. Sin embargo, en la actualidad, la citada Ley de enjuiciamiento civil regula el procedimiento especial para oponerse a *todas* las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores.[153] La jurisdicción civil pasa a ser así la competente para oponerse a todas aquellas actuaciones de la Administración en materia de protección de menores. Por tanto, deberemos entender que no sólo las actuaciones realizadas en el marco de la tutela de los menores desamparados, sino también cuando actúa en el ámbito de los menores en situación de riesgo o en conflicto social.

La Ley de enjuiciamiento civil atribuye competencia para conocer las controversias derivadas de las referidas resoluciones administrativas en materia de protección de

150. Ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de junio de 1999 (RJCA 1999/3296), la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001/224366), las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996/891) y de 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996/2281).

151. En estos preceptos se regula la competencia para conocer y el procedimiento a seguir para la oposición de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. El artículo 779 dice que "*será competente para conocer* los procesos a que se refiere este capítulo *el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora* y, en su defecto, o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante". Por su parte, el artículo 780 establece lo que sigue: "1. No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular la oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 2. Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a la que se opone. 3. El Tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. 4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753." El referido artículo 753 remite a los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las demás personas que deban ser parte en el procedimiento hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días.

152. Ahora bien, como se ha dicho con anterioridad, a estos efectos deberemos distinguir las resoluciones que de forma indirecta tienen efectos protectores (en general, las dictadas en el ámbito de la colaboración de la Administración con las familias en el cumplimiento de sus deberes legales para los hijos) y las resoluciones que de forma directa e individualizada se dirigen a brindar protección a un menor (dictadas en ejercicio de la función de vigilancia y control encomendada a las administraciones que las obliga a actuar de forma subsidiaria, de manera progresiva, cuando los responsables del menor no cumplen debidamente sus deberes legales de protección). Pues bien, este proceso especial tiene por objeto la oposición a esta última clase de resoluciones administrativas.

153. En la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, sobre la "Incidencia de la nueva Ley de enjuiciamiento civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles", se afirma que "el proceso especial será el cauce procesal, por tanto, no sólo para la impugnación de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela ministerio *legis* (objeto expresamente reconocido en el artículo 172.6), sino que se extenderá con carácter general a todas 'las resoluciones administrativas en materia de protección de menores' (artículo 780.1 de la LEC) [...] resoluciones cuyo contenido puede ser muy variado, dadas las amplias facultades que las autoridades administrativas tienen reconocidas en esta materia".

menores a los juzgados de primera instancia del partido judicial. En aquellos casos en que existieran varios juzgados, serán competentes aquellos que, en virtud de la especialización prevista en el artículo 98 de la Ley orgánica del poder judicial y el artículo 46 de la Ley de enjuiciamiento civil, les haya sido atribuido el conocimiento de estas materias (de forma general, los juzgados de familia).

Por otra parte, la competencia territorial le corresponde al juzgado del domicilio de la entidad protectora (artículo 779 de la LEC). Según dispone la disposición final 22.ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, "las entidades públicas protectoras son las designadas por las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización". Por tanto, el fuero aplicable es el del domicilio del órgano que, en virtud de las normas autonómicas de atribución de competencias, haya dictado la resolución recurrida. De manera que la entidad pública cuyo domicilio determina la competencia puede ser tanto una consejería de Gobierno como una dirección general o un órgano inferior o un órgano con competencia restringida a un determinado territorio dentro de la comunidad autónoma, como puede ser el caso de una delegación provincial de la consejería competente.[154]

La Administración competente deberá notificar a los padres, tutores, guardadores u otros interesados la resolución administrativa dictada en materia de protección de menores. En la notificación deberá indicarse el recurso que cabe interponer contra la misma, que es, precisamente, el regulado en el artículo 780 de la LEC. Asimismo, la Administración deberá informar del órgano competente para conocer el recurso y del plazo para interponer el mismo, según establece el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC). En la medida que la LEC no establece ningún plazo para la presentación del recurso ante el juez, deberá entenderse que podrá presentarse en cualquier momento. El carácter flexible que, en todo caso, debe tener la actividad administrativa en esta materia explica que no se haya establecido un plazo para recurrir las decisiones adminis-trativas, ya que el momento de la oposición estará condicionado a las cambiantes circunstancias del menor y su entorno socio-familiar, que determinarán en cada momento las medidas de protección más adecuadas.

En cuanto a la legitimación para recurrir ante los tribunales las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el artículo 780.2 de la LEC co-mienza diciendo que "quien pretenda oponerse a una resolución administrativa", y a continuación establece el modo de actuar. Por tanto, deberá reconocerse legitimidad a todo aquél que ostente un derecho o interés legítimo, de manera análoga a lo dispuesto en el artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.[155] La legitimación para recurrir las resoluciones administrativas ante los tribunales es más amplia que en los tradicionales procesos civiles. En efecto, en el proceso civil tradicionalmente la legitimación deriva de la titularidad de un derecho subjetivo. Sin embargo, la legitimación para recurrir las decisiones de la Administración alcanza también a los "intereses legítimos". Por tanto, estará legitimado todo aquel que pueda resultar realmente afectado, de una u otra forma, por la resolución que se adopte en el proceso. La legitimación supone un vínculo o conexión entre la esfera jurídica de la persona y el objeto del proceso. Por otra parte, deberá reconocerse legitimación a todo aquel que hubiera participado en calidad de interesado en el procedimiento administrativo que llevó a la Administración a dictar la resolución que en el proceso se recurre. En el supuesto de que los tribunales no reconocieran legitimación al recurrente, no podrían entrar a decidir sobre la cuestión planteada, ya que la legitimación juega como una condición o presupuesto subjetivo de la admisibilidad del recurso.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir, no es necesaria la reclamación previa en vía administrativa. Sin embargo, en ocasiones podría ser conveniente presentar la referida reclamación con el fin de intentar solventar la controversia en sede administrativa y evitar plantear el posterior conflicto jurisdiccional. El legislador exime del requisito de la reclamación previa con el deseo de agilizar el ejercicio de la acción judicial. No obstante, siempre que el recurrente lo considere oportuno podría presentar la reclamación previa ante la propia Administración autora del acto.[156]

Por otra parte, la analogía de este proceso especial con el proceso contencioso-administrativo no sólo se refiere, como se ha visto, a la legitimación, sino que resulta patente en la primera fase de la tramitación del procedimiento especial. Así, el procedimiento comienza con la presentación de un escrito en el cual el recurrente se limita a expresar sucintamente su pretensión y la concreta resolución administrativa a la que se opone. Por su parte, el juez deberá reclamar a la Administración el expediente administrativo completo. La Administración deberá aportar el expediente en el plazo de veinte días. Una vez aportado el expediente por la Administración, el juez emplazará al actor para que presente la demanda en el plazo de veinte días. La demanda deberá tramitarse conforme a lo previsto en el artículo 753 de la LEC. Este precepto establece que el proceso se substanciará por los trámites del juicio verbal.

Así, la LEC remite para la tramitación del procedi-

154. Así se pronuncia la Circular del Fiscal General del Estado 1/2001, sobre "Incidencia de la nueva Ley de enjuiciamiento civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles", apartado VII.5.A.

155. En este sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001 (apartado VII.5.A).

156. Los artículos 122 a 124 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC), establecen el procedimiento a seguir para presentar la reclamación previa a la vía judicial civil.

miento al juicio verbal (artículo 753), con las especialidades propias de los procesos sobre menores que contemplan los artículos 748 a 755 de la LEC. Entre estas especialidades deben destacarse las siguientes:

1) La intervención del Ministerio Fiscal con carácter preceptivo (artículo 749). En todos los procesos que afecten a menores, el fiscal debe orientar su actuación conforme a los principios recogidos en el artículo 11.2 de la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y a la luz de los principios de reintegración e integración familiar que rigen la actuación de la Administración en esta materia. De manera particular, el fiscal velará para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento, en los términos del artículo 9 de la referida Ley orgánica 1/1996.

2) En el proceso no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento, ni la transacción. En cuanto al desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal (artículo 751). Con ello se trata de que tales actos no perjudiquen los derechos e intereses de los menores.

3) En cuanto a la prueba, el proceso se decidirá con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Por otra parte, además de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio aquellas que estime pertinentes (artículo 752). En este proceso, como vemos, el principio dispositivo sufre minoraciones a favor del principio oficial, en la medida que el juez puede acordar de oficio cuantas pruebas considere necesarias.

4) El tribunal podría decidir que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen (artículo 754).

Por lo que se refiere a la representación y defensa de las partes, el actual artículo 750 de la Ley de enjuiciamiento civil dispone que las partes deberán actuar con asistencia de abogado y representadas por procurador, fuera de los casos en que deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal.[157]

Por otra parte, en esta materia y, como consecuencia del carácter cambiante y flexible de las medidas de protección para ajustarse en todo momento a las nuevas circunstancias del menor, las resoluciones judiciales no tendrán el efecto de cosa juzgada. Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997/1532), se afirma que no existe cosa juzgada cuando existan nuevos factores que puedan valorarse como alteración de las circunstancias objetivas delimitadoras del concepto de cosa juzgada.[158]

Por último, debe advertirse que este proceso tiene carácter subjetivo, tiene por objeto las pretensiones de las partes. La autoridad judicial a la vista de las pretensiones de las partes y de los hechos que hubieran resultado probados deberá adoptar la decisión más conveniente para el interés superior del menor.[159] Por tanto, no se trata de un proceso dirigido a controlar la legalidad objetiva del acto administrativo recurrido y, en su caso, proceder a su anulación. El proceso civil de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores es un proceso que versa sobre la tutela de derechos e intereses y, en especial, la defensa del interés superior del menor frente a la actividad de la Administración.[160]

157. En cambio, la disposición adicional 3.ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, disponía con referencia al procedimiento de jurisdicción voluntaria que no era necesaria la intervención de abogado ni procurador.

158. En el supuesto a que se refiere el citado auto, la madre impugnaba un auto dictado en la pieza de ejecución de una resolución judicial por la que se había declarado que el menor no se encontraba en situación de desamparo. El referido auto había acordado la suspensión de la ejecución de la resolución judicial. Pues bien, la Audiencia Provincial de Sevilla establece que no cabe la suspensión de la ejecución de la resolución judicial, pues el ordenamiento establece "luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución", ya que las resoluciones judiciales tienen fuerza ejecutiva. Ahora bien, el Tribunal constata que, en efecto, no es conveniente para el menor regresar con su madre. Por ello, invita al Ministerio Fiscal "en virtud del principio prioritario del interés del menor, pedir al juez las medidas cautelares que estime procedentes y necesarias [...] dichas medidas cautelares podrían adoptarse en salvaguarda del menor, hasta que en el procedimiento correspondiente y por el organismo competente se determinase el desamparo". El Tribunal declara que no existe cosa juzgada ya que "los hechos valorados en las sentencias que ahora han de ejecutarse, lo fueron en un tiempo determinado y con referencia a unos elementos de conocimiento, que ahora se han alterado sustancialmente, pues con sólo la iniciación de una progresiva reinserción del menor con su familia biológica, ha determinado la situación de grave alteración psíquica en la que se encuentra el menor, como consta en los informes médicos y psicológicos obrantes en las actuaciones, que acreditan como prueba documental la alteración sustancial de las circunstancias entonces tenidas en cuenta". Por consiguiente, aunque el Tribunal revoca el auto impugnado y estima el recurso interpuesto por la madre traza el camino a través del cual el fiscal y la Administración podrán proceder a realizar las actuaciones necesarias en interés del menor.

159. Así resulta del artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

160. Así, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517) el tribunal declara que el menor no se encuentra en situación de desamparo sino en situación de riesgo, por lo que se acuerda que los servicios sociales hagan entrega del menor a su familia. Por otra parte, el tribunal impone tanto a la familia como a la Administración competente la adopción de una serie de medidas dirigidas a asegurar la debida protección del menor en su entorno familiar: la madre necesitará autorización del juzgado y de los servicios sociales municipales para abandonar su residencia en la localidad, la madre deberá escolarizar a su hijo en el centro escolar que le indiquen los servicios sociales del ayuntamiento, y corresponde también a estos últimos gestionar la inscripción del niño en algún centro escolar, así como su incorporación a un programa de tratamiento específico de su enfermedad. Asimismo, de la lectura de este auto resulta que ya en la resolución dictada en primera instancia se había declarado procedente el desamparo y, por tanto, correctamente asumida la tutela por la Administración, pero se había establecido que la Administración había de informar al juzgado cada semestre sobre el estado de la situación y la evolución del menor. Por tanto, se establece un control judicial de la actuación administrativa con el fin de realizar un seguimiento de la evolución del menor.

ESTUDIOS

QDL

La aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación por los gobiernos y las administraciones locales: exigencias legales y requerimientos de gestión. Especial referencia a los temas de procedimiento administrativo electrónico, protección de datos de carácter personal y gestión de propiedades y bienes inmateriales

1. Introducción.
2. El paradigma del *informacionalismo* y sus consecuencias en la configuración jurídica y organizacional de las administraciones públicas.
2.1. El paradigma del *informacionalismo*. 2.2. Consecuencias jurídicas y configuración de las administraciones públicas. 2.3. Exigencias legales y requerimientos de gestión. 2.3.1. Normativa reguladora. 2.3.1.1. Sobre telecomunicaciones y sociedad de la información. 2.3.1.2. Sobre procedimiento administrativo. 2.3.1.3. Sobre protección de datos de carácter personal. 2.3.1.4. Sobre otras materias conexas. 2.3.1.5. Directivas comunitarias. 2.3.2. Requerimientos legales y de gestión. Especial referencia al ámbito local.
3. El procedimiento administrativo electrónico.
3.1. Consideraciones preliminares. 3.2. El documento electrónico. 3.3. El registro telemático. 3.3.1. Requisitos de los registros telemáticos. 3.3.2. Utilización de modelos normalizados de solicitudes. 3.3.3. El recibo telemático .3.3.4. Eficacia temporal de la presentación telemática. 3.4. El circuito administrativo electrónica (*workflow*). 3.5. La firma electrónica. 3.6. La notificación electrónica. 3.7. El archivo y conservación de los documentos electrónicos. 3.8. Valoración de la situación en el ámbito de las administraciones locales.
4. La protección de datos de carácter personal y las administraciones locales.
4.1. Evolución normativa y jurisprudencial. 4.2. El sistema de protección de datos de carácter personal. 4.2.1. Conceptos básicos. 4.2.2. Principios generales. 4.3. Ficheros y competencias locales. 4.3.1. Ficheros públicos locales. 4.3.2. Competencias locales. 4.4. Protección de datos de carácter personal y políticas públicas locales. 4.4.1. Observancia de las obligaciones formales establecidas. 4.4.2. Cumplimiento de las medidas de seguridad. 4.4.3. Cesión y comunicación de datos en el ámbito de las administraciones públicas
5. Condicionantes a la gestión pública local desde el ámbito de la normativa de las propiedades y los bienes inmateriales.
5.1. Consideraciones preliminares. 5.2. Derechos inmateriales de autoría intelectual. 5.2.1. El uso imperativo de los instrumentos contractuales. 5.2.2. Limitaciones en las facultades de la propiedad de los soportes de las obras. 5.2.3. Los niveles de protección de las BD. 5.3. Derechos inmateriales de propiedad industrial. 5.4. Derecho de acceso a la información pública. 5.4.1. Condicionamientos generales. 5.4.2. Condicionamientos específicos sectoriales en el nivel local: tensión entre las exigencias de los derechos de autor y los de acceso a la documentación en la gestión de los contenidos y de los flujos informativos en las administraciones públicas.
6. Reflexiones finales.
7. Bibliografía.

José Luis Martínez-Alonso Camps
(coordinador)
Profesor asociado de la Universidad de Barcelona (Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política) y letrado de la Diputación de Barcelona

Joan Guasch Marimon
Letrado de la Diputación de Barcelona

Albert Ortiz Villuendas
Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración y técnico superior de la Diputación de Barcelona

Abreviaturas

AGE: Administración General del Estado.
AEPD: Agencia Española de Protección de Datos.
BD: Bases de datos.
BOE: Boletín Oficial del Estado.
BOP: Boletín Oficial de la Provincia.
CE: Constitución española de 27 de diciembre de 1978.
CEAL: Carta Europea de la Autonomía Local, ratificada por España el 20 de enero de1988 y publicada en el BOE 47, del 24 de febrero de 1989.
DLM: Données Lisibles par Machine (Datos legibles por ordenador).
DOGC: Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña.
EAC: Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre.
EDPP: Entidades de derecho público sometidas al derecho privado.
EPE: Entidades públicas empresariales.
FJ: Fundamento jurídico.
IDESCAT: Instituto de Estadística de Cataluña.
INE: Instituto Nacional de Estadística (estatal).
JCA: Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
Ley 30/1984: de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (estatal).
Ley 7/1985: de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (estatal).
LRHL: Ley 39/1988: de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (estatal).
Ley 13/1989: de 14 de diciembre, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña.
Ley 30/1992: de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (estatal).
LOFAGE: Ley 6/1997: de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (estatal).
LOPD: Ley 15/1999: Ley de protección de datos de carácter personal (estatal orgánica).
LORTAD: Ley 5/1992: Ley de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (estatal orgánica).
LJCA/1998: de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa (estatal) (núm. 29).
Ley 4/1999: de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992 (estatal).
Ley 11/1999: de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985 (estatal).
LOU/2001: de 21 de diciembre, de universidades (estatal orgánica) (núm. 6).
LM: Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas (estatal).
MAP: Ministerio de Administraciones Públicas.
NARA: U.S National Archives and Record Administration (archivos y administración nacionales de los expedientes).
PIL: Acrónimo de personificación/ones instrumental/es local/es.
PKI: Públic Key Infrastructure (Infraestructura de clave pública).
PMH: Padrón municipal de habitantes.
RMS/1999: Reglamento estatal de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, aprobado por el Real decreto 994/1999, de 11 de junio.
ROF/1986: Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (estatal).
ROAS/1995: Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio.
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.
SI: Sociedad de la información.
SIAL: Sistema de Información de la Administración Local.
SMP: Acrónimo de sociedad/es mercantil/es pública/s.
TC: Tribunal Constitucional.
TIC: Tecnologías de la información y de la comunicación.
TR/1986: Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (estatal).
TRET/1995: Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real decreto legislativo /1995, de 24 de marzo (estatal).
TRLCAP/2000: Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (estatal).
TRLCat/2003: Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril de 2003.
TRLPI: Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996 (estatal).
TU/1997: Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, aprobado por el Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre.
UE: Unión Europea.
URL: Localización de un fichero o directorio en internet que permite acceder a él.

1. Introducción

El subsistema local, conjunto de instituciones públicas agrupadas en torno a los municipios, se caracteriza por su multiplicidad y, con carácter general, por su atomización. Con todo, un número importante de indicios apunta que los gobiernos y las administraciones locales se han sumado decididamente al proceso de renovación tecnológica. Haciendo de la necesidad virtud, el uso de los sistemas de información puede permitir superar, de manera eficiente, las dificultades de tiempo y espacio inherentes a la fragmentación de ese subsistema local. Las posibilidades de estas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) son muchísimas y se proyectan internamente (mejora de la gestión) y externamente, y ello en un sentido doble: relación más fluida entre administraciones, cooperación en red, y entre la Administración y la ciudadanía.

Sobre la base de la configuración de este subsistema, el trabajo analiza las exigencias legales y los requerimientos de gestión con los que se encuentran los responsables de las administraciones y de los gobiernos locales a la hora de aplicar las TIC. Se trata, pues, de poner de manifiesto esta suerte de *variables independientes* que, obviamente, no deberían erigirse en escollos del proceso, pero que han de ser conocidas de antemano con vistas al diseño de las políticas públicas locales.

El trabajo consta de cinco partes. Se inicia con una visión general de la aplicación de las TIC y de sus consecuencias en la configuración jurídica y organizacional de las administraciones públicas y de las locales en particular (epígrafe 2). Siguen después los análisis pormenorizados del procedimiento administrativo electrónico (epígrafe 3), la protección de datos de carácter personal (epígrafe 4) y la gestión de propiedades y bienes inmateriales (epígrafe 5), y se cierra con unas reflexiones finales (epígrafe 6).

El antecedente del texto lo constituye la ponencia presentada en el *VI Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración (AECPA)*, que se celebró en Barcelona, los días 18, 19 y 20 de septiembre de 2003. Dicho texto ha sido actualizado normativamente con motivo de la presente publicación.

Finalmente, hay que reseñar que éste es un trabajo conjunto, si bien la elaboración y redacción de los epígrafes 2 y 4 han correspondido a José Luis Martínez-Alonso, el 3 a Albert Ortiz y los 5 y 6 a Joan Guasch.

2. El paradigma del *informacionalismo* y sus consecuencias en la configuración jurídica y organizacional de las administraciones públicas

2.1. El paradigma del *informacionalismo*

Como punto de partida de nuestras reflexiones estimamos conveniente hacer una referencia a lo que se ha venido en llamar el *informacionalismo* (Castells, 1997: 39-40). Con palabras recientes de este autor, se trata de un "nuevo paradigma tecnológico que actualmente está sustituyendo al industrialismo como matriz dominante de las sociedades del siglo XXI (y que) está constituido en torno a la importancia estratégica de las tecnologías de la información y la comunicación" (Castells, 2003: 10).

Conceptuarlo como *paradigma tecnoeconómico* supone caracterizarlo como un grupo de innovaciones técnicas, organizativas y gerenciales interrelacionadas que por su trascendencia constituyen una revolución o un proceso de cambio científicos (Castells, 1997: 87; Kuhn, 1977).

Las características principales del *paradigma del informacionalismo* son, en síntesis, las siguientes (Castells, 1997: 87-92; Castells, 2003: 10-14):

1.ª. Su materia prima la constituyen *tecnologías para actuar sobre la información*, no sólo información para actuar sobre la tecnología, como era el caso en las revoluciones tecnológicas previas.

2.ª. El nuevo paradigma tiene una *creciente y automultiplicada capacidad de procesamiento, tanto desde el punto de vista de volumen, como de complejidad y de velocidad.*

3.ª. La *lógica de la interconexión* preside todo el sistema o conjunto de relaciones que utilizan estas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).

4.ª. El *paradigma del informacionalismo se basa en la flexibilidad*, de suerte que su *capacidad de recombinación o reconfiguración* supone la *reversibilidad de los procesos* y la *posibilidad de modificación de las organizaciones y la reordenación de sus componentes*.

5.ª. El nuevo paradigma se apoya en la *convergencia creciente de tecnologías específicas en un sistema altamente integrado*, dentro del cual las antiguas trayectorias tecnológicas separadas (microelectrónica, telecomunicaciones, optoelectrónica e informática/ordenadores) se vuelven prácticamente indistiguibles.

La evolución del sistema se prevé que tienda a la complejidad y a la diversidad, que sus reglas sean creadas y cambiadas en un proceso constante que fluye, y cuyo resultado es una *red multifacética*.

2.2. Consecuencias jurídicas y configuración de las administraciones públicas

De las consecuencias que derivan del impacto de este nuevo paradigma interesa analizar inicialmente las que tienen una dimensión jurídica. En este sentido, las TIC tienen, en primer lugar, una incidencia tanto en el ámbito del Derecho privado (relaciones entre particulares y transacciones de todo tipo), como en el del Derecho

público (relaciones entre administraciones públicas y ciudadanos o personas jurídicas, entre las propias administraciones públicas y entre éstas y los operadores tecnológicos, por distinguir las categorías más significativas).

Sin negar la virtualidad de la distinción entre los ámbitos privado y público, en ocasiones se borran las fronteras. Tal es el caso de lo que podríamos calificar como *derecho de la ciudadanía* (con previsiones normativas sobre intimidad, privacidad, libertades de expresión y de comunicaciones, entre otras), cuya regulación contiene tanto normas de Derecho público como privado, y cuyo tronco común deriva de su configuración garantista, adecuada a los derechos que lo integran. En cualquier caso, como primera conclusión podemos sentar la de la *incidencia progresiva en todos los ámbitos jurídicos del paradigma del informacionalismo*.

En segundo lugar, el *informacionalismo* deja sentir sus efectos en lo que atañe a la propia configuración del Derecho, y más concretamente a dos de sus principios más estructurales. El primero de ellos, el de seguridad jurídica, se ve afectado en dos de sus máximas:

1.ª. La estabilidad de la legislación, como consecuencia de que es objeto de modificaciones continuas (el fenómeno de la llamada *"legislación motorizada"*).

2.ª. El conocimiento y la comprensión de las normas, en la medida en que su volumen aumenta de manera incesante (multiplicidad de poderes normativos) y que una parte importante de las nuevas normas presenta una alta complejidad técnico-jurídica, lo que hace difícil su inteligencia y, por tanto, su cumplimiento. Tal es el caso de la normativa vinculada a las TIC, y cuya causa obedece a la dificultad de regular la *configuración virtual* de sus contenidos (la información como flujo y la comunicación como proceso).

El segundo de los principios, el de integridad del ordenamiento jurídico, se resiente de las limitaciones de las categorías jurídicas al uso y la necesidad constante de nuevas regulaciones. Así, por ejemplo, la Ley general de telecomunicaciones de 1998 produjo el *descarte* de la concesión como título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicaciones (aunque se mantuviera, excepcionalmente, en el de televisión), y su sustitución por una pluralidad heterogénea de licencias y autorizaciones para los de última generación (licencias tipos A1, A2, B1… C2, en telefonía, y autorizaciones provisionales, en otros servicios de telecomunicación). La nueva Ley general de telecomunicaciones, la 32/2003, que deroga la 11/1998, se pronuncia en los términos siguientes: "Se avanza en la liberalización de la prestación de servicios y la instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cumpliendo con el principio de intervención mínima se entiende que la habilitación para dicha prestación y explotación a terceros viene concedida con carácter general e inmediato por la ley. Únicamente será requisito previo la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para iniciar la prestación del servicio. Desaparecen, pues, las figuras de las autorizaciones y licencias previstas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, como títulos habilitantes individualizados de que era titular cada operador para la prestación de cada red o servicio" (Exposición de motivos, II, párrafo sexto).

Como segunda conclusión, pues, constatamos la *crisis de las categorías jurídicas tradicionales y la necesidad de nuevos instrumentos adecuados a las realidades faltas de regulación*.

Un tercer grupo de consecuencias con dimensión jurídica, derivadas también del impacto de las TIC, podemos considerarlo bajo la perspectiva de la función normativa en el marco de un Estado social y democrático de derecho, y más concretamente en relación con:

a) El componente garantista, apreciable significativamente en la regulación de los derechos fundamentales de la ciudadanía [intimidad, honor, imagen, producción y creación literaria, artística, científica y técnica, *ex* artículos 18 y 20 de la Constitución española (CE)], y cuya función es, cabalmente, protegerlos frente a las acciones de terceros que, de una manera efectiva o potencial, puedan perturbarlos.

b) El componente participativo que, como mandato dirigido a los poderes públicos, y en aplicación del modelo de Estado social y democrático (*ex* artículo 9.2 de la CE), promueve las condiciones y desarrolla políticas públicas para que la comunicación y participación ciudadanas sean reales y efectivas.

c) Finalmente, el componente derivado de los requerimientos exigidos a los poderes públicos por los principios de eficacia y eficiencia (*ex* artículos 103 y 31.2 de la CE, respectivamente), que tiende también a estimular la cooperación y colaboración (entre administraciones públicas, principalmente) y a reducir actuaciones que generen costes (para los poderes públicos o para la ciudadanía).

Del contraste entre los diferentes componentes de este tercer grupo de consecuencias, y como tercera conclusión, podemos apuntar una cierta paradoja que se pone de manifiesto al advertir los *efectos diferentes de las TIC*, en ocasiones contrapuestos, *en los ámbitos señalados: unos en sentido proactivo (participación y eficacia y eficiencia), y otros en sentido restrictivo (garantía de derechos fundamentales).*

Una vez reseñadas, de manera sintética, las consecuencias jurídicas derivadas del paradigma del *informacionalismo*, estamos en condiciones de abordar el análisis de los efectos que se perciben en relación con la configuración de las administraciones públicas.

Con carácter meramente descriptivo, podemos señalar los siguientes hitos o características:

a) La Administración General del Estado (AGE) ha desarrollado considerables esfuerzos encaminados, básica-

mente, en dos direcciones: responder a los retos del paradigma del *informacionalismo* y asumir un papel de liderazgo en el conjunto de las administraciones públicas españolas.

A estos objetivos obedecen, por citar las más recientes, las iniciativas de:

–La comisión de expertos que, presidida por Juan Soto, elaboró –por encargo del Ministerio de Ciencia y Tecnología– el informe "Aprovechar la oportunidad de la sociedad de la información en España" (presentado el 1 de abril de 2003).[1]

–El denominado *Plan de choque*, elaborado por los ministerios de Ciencia y Tecnología y de Administraciones Públicas (presentado el 8 de mayo de 2003).[2]

–El plan de actuación denominado *España.es*, aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 11 de julio de 2003, que aborda diversas actuaciones y que, a los efectos que nos interesan, centra la relativa a la *administración.es* en los objetivos de:[3]

"–Facilitar el acceso público a los usuarios (DNI eléctronico, puntos de acceso a internet gratuitos en las oficinas de registro y atención al público).

"–Impulsar el desarrollo de servicios para los usuarios (servicios públicos básicos establecidos por la UNE, cartas de servicios electrónicas, perfeccionamiento del Portal del Ciudadano, uso de lenguas cooficiales e internaciones de las páginas web de la Administración, accesibilidad a las personas con discapacidad, formularios, registros y notificaciones telemáticas, pagos vía internet).

"–Facilitar el intercambio de información entre las administraciones públicas (intercambio de certificados telemáticos y transmisiones de datos, Portal de servicios para las entidades locales, integración de las nuevas tecnologías en la comunicación interna de la Administración).

"–Apoyar la reorganización interna de las administraciones públicas (impulso al Portal del Empleado Público, reforma del Consejo Superior de Informática, coordinación de las administraciones territoriales, revisión de los procedimientos administrativos para su prestación por vía telemática, apoyo técnico a los distintos ministerios, archivo de documentación electrónica)."

Y este mismo documento acaba señalando en el apartado *administración.es*:

"El Ministerio de Administraciones Públicas liderará el esfuerzo a través del Consejo Superior de Informática y Administración Electrónica (CSIAE) y una conferencia sectorial como órgano de cooperación con las comunidades autónomas y corporaciones locales. El Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Entidad Pública Empresarial Red.es, desarrollará servicios comunes y ofrecerá el apoyo técnico necesario para la implantación."

b) De las administraciones autonómicas puede decirse que han oscilado entre dos polos de actuación: del papel de una cierta subordinación a la Administración General del Estado (AGE) a los intentos de diseñar iniciativas y aplicar políticas de las TIC propias. La heterogeneidad de las diecisiete administraciones autonómicas hace difícil un juicio global, como arriesgadas las consideraciones parciales.

Para intentar progresar en el análisis de las políticas de las TIC de las administraciones autonómicas contamos con el *Informe sobre recursos informáticos de las administraciones públicas (IRIA)*,[4] que tiene como ámbito las administraciones local y autonómica y se actualiza bienalmente en el marco de la *Comisión Nacional para la Cooperación entre las Administraciones Públicas en Sistemas y Tecnologías de la Información (COAXI)*, en base al sistema de información constituido. El sistema de información IRIA, pues, contiene referencias a las administraciones autonómicas y al considerar indicadores objetivos (evolución de los gastos informáticos y referencia al porcentaje presupuestario que suponen, entre otros), permite una aproximación más documentada. Algunos datos que resaltan son:

En diez años (1991-2001), el incremento porcentual presupuestario ha sido del 293% (de 160 a 470 millones de euros); de 1997 a 2001, del 200% (de 235 a 470 millones de euros), y de 1999 a 2001, del 139% (de 338 a 470 millones de euros).

Entre las administraciones autonómicas que en 2001 más presupuesto destinan a gastos informáticos se sitúan:

1) País Vasco (2,54% del presupuesto total, 72.763 miles de euros);
2) Región de Murcia (1,91%, 16.515 miles de euros);
3) Comunidad Valenciana (1,39%, 62.924 miles de euros);
4) Comunidad de Madrid (1,25%, 48.311 miles de euros);
5) Andalucía (1,21%, 103.837 miles de euros);
[...]
8) Cataluña (0,92%, 67.464 miles de euros).[5]

Sin perjuicio de la remisión a los indicadores de los sucesivos informes *IRIA*, no hay que olvidar algunas iniciativas singulares, de entre las cuales destacaremos dos:

1. Se puede descargar en la siguiente URL: www.cdsi.es/documentos/presentacion_informe_final_cdsi.pdf (23.7.2003).
2. Disponible en la siguiente URL: www.igsap.map.es/ticker/docs/plan_choque.pdf (23.7.2003).
3. Se puede consultar la nota de prensa en www.mcyt.es/asp/ministerio_infoma/prensa/np11-07-03.htm (23.7.2003).
4. Se puede consultar la referencia en www.csi.map.es/csi/pg5i30.htm (23.7.2003).
5. El resto se puede consultar en la referencia anterior.

En primer lugar, la de la Junta de Extremadura, que ha impulsado la utilización del *software* libre (Linux-Linex) en todos los colegios de esa comunidad; iniciativa que mereció el elogio, en noviembre de 2002, de *The Washington Post* (*El País*, 1 de mayo de 2003, Ciberp@ís, 5).

En segundo lugar, la de Cataluña, que tiene como valor añadido que no se trata de una actuación exclusiva de la Administración autonómica, sino de una pluralidad de actores. Sus aspectos más relevantes son los siguientes:

–El inicio tiene lugar merced a un acuerdo institucional entre la Administración autonómica y Localret (consorcio que agrupa la casi totalidad de los municipios de Cataluña y cuyo objeto es el desarrollo de las redes de telecomunicaciones y de las nuevas tecnologías),[6] acuerdo que recibe el aval del Parlament (18 de noviembre de 1998).

–A partir de este consenso inicial se desarrollará un proceso complejo (intervención de 250 expertos, elaboración de 38 iniciativas que darán lugar a 155 acciones, enmarcadas en 7 ámbitos de actuación), que culminará con la elaboración del *Pla Estratègic, Catalunya en Xarxa*,[7] el cual pivota a partir del consenso institucional y se implementa mediante la *xarxa* (red) de colaboraciones entres actores públicos y privados.

–Quizá la concreción más emblemática del plan sea la denominada *CAT365*, portal y plataforma tecnológica de servicios que aspira a integrar y distribuir los servicios de las administraciones públicas catalanas.[8] Como se ha señalado, "esta herramienta ha de permitir, de un lado, simplificar los procesos que ha de seguir un ciudadano (también una empresa o una organización) para obtener los servicios de la Administración; por otro lado, ha de facilitar el intercambio de información entre las diferentes administraciones, necesario para hacer posible la simplificación de los procesos de cara al ciudadano" (Sanromà, director de CAT365, 2002).[9]

c) El elevado número de administraciones locales, su diversidad y heterogeneidad impiden fijar unas conclusiones precisas sobre el grado de aplicación de las TIC. A lo sumo podemos hablar de tendencias, y siempre ponderando el riesgo de que éstas no se produzcan de manera uniforme.

De la consulta del *Informe sobre recursos informáticos de las administraciones públicas*, del IRIA ya citado, podemos destacar los siguientes datos:

En diez años (1991-2001), el incremento presupuestario en términos porcentuales ha sido del 224% (de 162 a 363 millones de euros); de 1997 a 2001, del 163% (de 267 a 363 millones de euros); y de 1999 a 2001, del 123% (de 294 a 363 millones de euros).[10]

La relación entre presupuestos y población de los municipios nos proporciona una ratio (euros/habitante) que, agrupando los municipios por tramos, nos permite apuntar las siguientes consideraciones:[11]

–En las ciudades de más de 100.000 habitantes (56 municipios, que suponen el 0,7% del total), la razón oscila de los 8,36 a los 9,40 euros/habitante.

–En el tramo de municipios comprendido entre los 10.001 y los 100.000 habitantes (595, el 7,34%), la ratio va de los 5,33 a los 6,61 euros/habitante.

–En el tramo comprendido entre los 1.001 y los 10.000 habitantes (2.513, el 30,99%), la razón se sitúa en los 3,66 euros/habitante.

–De los municipios cuya población no supera los 1.000 habitantes (4.944, el 60,98%), sólo disponemos de datos de los comprendidos entre los 501 y los 1.000 habitantes, para los cuales la ratio alcanza los 4,15 euros/habitante.

Junto a los datos reseñados creemos relevante analizar los aspectos siguientes:

–Las iniciativas de los ayuntamientos de mayores dimensiones con vistas a la mejora de sus servicios por internet. En un estudio reciente, *Radiografía de las webs municipales* (Ciberp@ís, 26 de junio de 2003), se analizan las de todas las capitales de provincia, Ceuta, Melilla y todas las ciudades de más de 75.000 habitantes (un total de 78 webs), y, entre otras, se ponen de manifiesto, en relación con el estudio de esta misma publicación realizado en el 2002, las conclusiones siguientes:

6. Las referencias sobre este consorcio pueden consultarse en www.localret.es.

7. Se puede descargar en http://dursi.gencat.net/ca/de/pla_estrategic.htm.

8. http://www.cat365.net.

9. A diferencia de la definición material del portal CAT365, que se muestra relativamente sencilla y comprensible, la configuración jurídica y organizativa es ciertamente compleja. Ese portal es gestionado por una empresa pública (*Serveis Públics Electrònics, SA*), que es uno de los dos agentes operativos de la *Administració Oberta de Catalunya* (AOC), consorcio constituido por la Generalidad de Cataluña y Localret (como se recordará, consorcio que agrupa a la mayoría de los ayuntamientos de Cataluña). El otro agente operativo de la AOC lo constituye la *Agència Catalana de Certificació* (CATCert), que adopta la modalidad de organismo autónomo de carácter comercial. Y a éstas hay que añadir nuevas entidades constituidas bajo la forma de fundaciones privadas (como, por ejemplo, la OBSI– *Observatori per a la Societat de la Informació*–, integrada por la Generalitat, Localret y la UOC –*Universitat Oberta de Catalunya*–). En fin, una muestra más de la capacidad de *partenogénesis* de las administraciones catalanas, fenómeno éste del cual ya nos hemos ocupado (MARTÍNEZ-ALONSO, J. L. e YSA, T., 2003).

Los estatutos de la AOC fueron publicados en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* –DOGC 3064, del 27.3.2002 (páginas 5384-6)–, y los de CATCert en el DOGC 3895, del 30.5.2003 (páginas 11207-8); el acuerdo para constituir *Serveis Públics Electrónics, SA* lo fue en el DOGC 3469, del 7.9.2001 (página 13682), con corrección de errores en el n.º 3475, del 18.9.2001 (página 14097). La referencia al OBSI se puede consultar en http://dursi.gencat.net/generados/catala/societat_informacio/noticia/1020_12_13620.html.

10. Los incrementos porcentuales son significativos, aunque menores que los de las administraciones autonómicas, especificados anteriormente.

11. Las fuentes que utilizamos para la interrelación son:
http://www.csi.map.es/csi/pg5i3039.htm (22.7.2003).
http://www.dgal.map.es/cgi-bin/webapb/webdriver?MIval=REEL_mun_tramo_1 (22.7.2003).

–Ha aumentado el número de ayuntamientos con web oficial, y, en un porcentaje significativo (casi el 50%), han perfeccionado el diseño.

–Se han mejorado e incrementado los servicios que se ofrecen y que, con variaciones de unos u otros municipios, cubre ya un catálogo que incluye: trámites en red, descarga de impresos, pagos en red, callejero, transporte urbano, información sobre sesiones plenarias, buscador, mapa de web, enlaces y buzón ciudadano.[12]

Hay que prestar atención también a la situación de los municipios pequeños y medianos, entendiendo por tales:

–Como pequeños, los de población no superior a 5.000 habitantes (6.948, el 85,7% del total);

–Como medianos, los que tienen entre 5.001 y 20.000 habitantes (841, el 10,37%).[13]

De acuerdo con el estudio ya citado de Ciberp@ís, sólo el 25% de municipios españoles tiene página web. Si tomamos los datos que ofrece dicho estudio por provincias, y los relacionamos con las comunidades autónomas que tienen mayor número de municipios (juntas suman 6.514 municipios, el 76% del total),[14] podemos fijar las tendencias siguientes:

–La extensión es reducida en Aragón (730 municipios, el 9% del total), donde las tres provincias tienen un porcentaje de municipios con web que no llega al 8% (Huesca del 2,4%, Teruel del 2,5% y Zaragoza del 7,5%).

–Similar es el caso de Castilla y León (2.248 municipios, el 27,33% del total), donde la mayoría de las provincias tienen un porcentaje de municipios con web inferior al 9%, salvo Ávila (16,1%) y Palencia (31,34%).

–Bastante parecido es el de Castilla-La Mancha (919 municipios, el 11,33%), donde el porcentaje de webs municipales es inferior al 11%, salvo el caso ejemplar de Albacete (todos los municipios tienen página).

–Desigual es Cataluña (946 municipios, el 11,66%), donde los municipios de Barcelona y Tarragona (con unos porcentajes de webs municipales del 90% y 84,7%, respectivamente) contrastan con los de Girona y Lleida (10,5% y 10,8%).

–Gradual es el caso de Andalucía (770 municipios, el 9,49%), donde en el punto bajo se sitúan los municipios de Jaén (sólo el 6,2% de los municipios con web), y los de Granada, Huelva y Málaga (en torno al 10-13%), para alcanzar valores superiores en Cádiz (el 38,6%) y Almería (el 82,3%), y la totalidad de páginas municipales, en Sevilla y Córdoba.

–Finalmente, progresivo también es el caso de la Comunidad Valenciana (541 municipios, el 6,67% del total): Valencia (el 18,1% con web), Alicante (el 32,6%) y Castellón (el 97,7%).

Para el resto de las comunidades autónomas las tendencias son las siguientes:

–En las uniprovinciales (que juntas suman 917 municipios, el 11,31% del total), la ordenación es la siguiente: Islas Baleares (el 86,5% de los 67 municipios tiene web); Murcia (el 53,3% de los 45 municipios); Asturias (el 41% de los 78 municipios); Cantabria (el 22,5% de los 102 municipios); Madrid (el 20,1% de los 179 municipios); La Rioja (el 20,1% de los 174 municipios), y Navarra (el 17,6% de los 272 municipios).

–En el País Vasco (250 municipios, el 3,08% del total): Guipúzcoa (el 100% con web municipal), Álava (el 60%) y Vizcaya (el 58,5%); en Galicia (315 municipios, el 3,88%): A Coruña (el 100% con web municipal), Pontevedra (el 32,2%), Lugo (el 13,4%) y Ourense (el 10,5%); en Canarias: Las Palmas (el 79,4% de los 34 municipios tienen web) y Tenerife (el 32% de los 53 municipios); y, finalmente, en Extremadura: Badajoz (el 19% de los 163 municipios cuentan con web) y Cáceres (el 6,4% de los 219 municipios).

Dado el elevado número de municipios pequeños y medianos (como ya hemos visto, agrupan a 7.789, el 96% del total) es evidente que ése es el ámbito más necesitado de intervención. Y es por ello que en dicho ámbito es capital la función de las administraciones cooperadoras: diputaciones en las provincias, *consells insulars* y cabildos en los archipiélagos balear y canario, comunidades autónomas uniprovinciales y comarcas donde han sido instituidas como tales (Cataluña y, recientemente, Aragón).

Por hablar del caso que mejor conocemos, la Diputación de Barcelona ha contribuido decisivamente a la extensión de las TIC en los municipios de la provincia.[15] Y ello mediante la combinación de acciones e instrumentos: conexión de todos los ayuntamientos con la Diputación punto a punto con RDSI (Red Digital de Servicios Integrados); servicio de *hosting* gratuito para webs municipales; confección de un buen número de páginas web y gestión informatizada de servicios municipales, tales como: el padrón de habitantes (Martínez-Alonso, 1998b), la contabilidad o la gestión de tributos y recaudación (que alcanza a 282 municipios, el 91% de la provincia, y que incluye la firma digital y el pago electrónico), entre los más significativos.[16]

12. Sobre la base de la valoración de estos diez servicios y del *Test de Accesibilidad Web* (TAW), el estudio establece una clasificación final cuyos tres primeros puestos ocupan Madrid, Zaragoza y Sabadell, y los últimos del estudio (76, 77 y 78), respectivamente, Toledo, Segovia y Castellón.

13. El resto de los municipios supone ya un porcentaje reducido (el 3,93%) donde cabe suponer que los del tramo 20.001-50.000 habitantes (201, el 2,48%) se irán incorporando, si no lo han hecho ya, a las tendencias de los de grandes dimensiones.

14. Los datos sobre el número de municipios se pueden extraer del propio estudio Ciberp@ís (por provincias) y de http://www.dgal.map.es/cgi-bin/webapb/webdriver?MIval=REEL_mun_tramo_1 (22.7.2003) (por comunidades autónomas).

15. Ese papel lo reconoce también el artículo de Ciberp@ís (28.6.2003, página 11).

16. La explicación sobre estos servicios y el resto de los ofrecidos se puede consultar en www.diba.es. También en Diputación de Barcelona (*Guia de serveis*: 2003).

2.3. Exigencias legales y requerimientos de gestión

Una vez hemos ofrecido e interrelacionado algunos datos con vistas a mostrar una panorámica general de la aplicación de las TIC por las administraciones públicas, es el momento de hacer una mención a la normativa que regula su actividad.

2.3.1. Normativa reguladora[17]

2.3.1.1. Sobre telecomunicaciones y sociedad de la información

–Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

–Real decreto ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, vigente hasta el 19 de marzo de 2004, por derogación de la ley que se indica a continuación.

–Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, vigente a partir del 20 de marzo de 2004, y que deroga el Real decreto ley 14/1999.

–Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, en vigor desde el 5 de noviembre de dicho año, y que derogó los siguientes textos: Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones; Ley 12/1997, de 14 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones, y Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable.

2.3.1.2. Sobre procedimiento administrativo

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

–Real decreto 263/1996, de 16 de febrero, de regulación de la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

–Real decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones, la expedición de copias de documentos y devolución de los originales y el régimen de las oficinas de registro.

–Real decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos.

Normativa autonómica catalana:

–Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos.

–Decreto 324/2001, de 4 de diciembre, relativo a las relaciones entre los ciudadanos y la Administración de la Generalidad de Cataluña a través de internet.

2.3.1.3. Sobre protección de datos de carácter personal

–Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

–Real decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.

–Real decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan algunos preceptos de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre.

–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.

–Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios (BOE 62, de 13 de marzo de 1996).

–Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de Protección de Datos, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (BOE 25, de 29 de enero de 1998).

Normativa autonómica:

–Ley 8/2001, de 13 de julio, por la que se aprueban las Normas reguladoras de la protección de datos de carácter personal de la Comunidad de Madrid (BOE 245, de 12 de octubre de 2001).

–Ley 5/2002, de 19 de abril, de creación de la Agencia Catalana de Protección de Datos (BOE 115, de 14 de mayo de 2002).

–Decreto 48/2003, de 20 de febrero, por el cual se aprueba el Estatuto de la Agencia Catalana de Protección de Datos (ACPD).

–Resolución de 15 de diciembre de 2004, de la Presidencia de la ACPD, por la cual se aprueban los soportes normalizados para formalizar las inscripciones en el Registro de Protección de Datos de Cataluña (DOGC 4046, del 12 de enero de 2004).

2.3.1.4. Sobre otras materias conexas

–Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas.

–Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual.

2.3.1.5. Directivas comunitarias

–Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del

Entre las últimas novedades destaca la de *elciutada.net*, un buscador de servicios públicos locales, autonómicos y estatales de interés para la ciudadanía de la provincia de Barcelona, con referencias por municipios y comarcas.

17. Se citan las principales disposiciones legales y reglamentarias, cuyos contenidos hay que entenderlos referidos a los vigentes en la actualidad.

Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

–Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

–Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

–Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

–Directiva 1995/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

2.3.2. Requerimientos legales y de gestión. Especial referencia al ámbito local

Con anterioridad ya señalamos la cierta paradoja que se produce al advertir los efectos diferentes de la regulación de las TIC, en ocasiones incluso contrapuestos. Así:

–De un lado, encontramos mandatos normativos en un sentido proactivo, que al perseguir como objetivos la eficacia (CE, artículo 103) o la eficiencia (CE, artículo 31.2), demandan un uso intensivo de las TIC. Tal sería el caso del artículo 45 de la Ley 30/1992 ("Incorporación de medios técnicos"), donde se señala que "las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias [...]" (número 1 del citado artículo 45).

En esta misma línea, si consultamos la legislación local de carácter general podremos observar cómo se atribuyen a los municipios numerosas competencias, que al hacerlo se formula en clave de obligación, y con bastante frecuencia mediante el uso de verbos como garantizar, promover o asegurar, o sus sustantivos.[18] Se sigue de todo ello una exigencia a las autoridades y responsables locales para que optimizen los recursos disponibles, y para lo cual las posibilidades de las TIC son naturalmente inmensas.

–De otro lado, en cambio, la legislación sobre derechos fundamentales de la ciudadanía (intimidad, creación literaria, artística, científica y técnica, y el resto de los previstos en la Constitución), como le es propio, habilita y desarrolla una serie de mecanismos de garantía y protección que, enfrentados con la aplicación de las TIC, tenderán a reducir sus posibilidades. Y ahí tenemos la limitación sobre el uso de la informática en relación, entre otros, con la intimidad personal (*ex* CE, artículo 18.4).

El conflicto entre dos bienes o principios jurídicos se halla en la misma raíz del Derecho, y por tanto no nos debe extrañar esa tensión en relación con las TIC. El tema, pues, hay que centrarlo en los casos concretos, y sobre todo en las medidas o regulaciones específicas, y todo ello con vistas a intentar fijar los términos, si equilibrados o no, de dicha tensión.

Pondremos un ejemplo:

–El envío a un grupo de ciudadanos de una carta personalizada, remitida por el concejal de Cultura, con el anuncio del debate que centrará su objeto en los problemas de la inmigración en el municipio y de las acciones a emprender, y que tendrá lugar en la biblioteca municipal.

–Un vecino puede considerarlo del máximo interés y celebrar la iniciativa del ayuntamiento, como expresión de su interés por "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (*ex* CE, artículo 9.2, *in fine*, uno de los contenidos de la cláusula del Estado social).

–Otro vecino puede interpretarlo como una intolerable agresión a su intimidad por el hecho de haberse servido de la lista de usuarios de la biblioteca para remitir la carta del concejal.

Otro supuesto en el que podremos percibir una cierta oposición entre alternativas lo encontramos en el desarrollo de las TIC aplicadas a las relaciones entre Administración y ciudadanía, y al papel de liderazgo que le corresponde a aquélla. Liderazgo que debemos considerar en todas sus facetas: desde la que se refiere a los recursos económicos empleados (y que, por tanto, no podrán dedicarse a otras necesidades), hasta la que se pregunta por la *relevancia* en términos de demanda social de algunas iniciativas de compleja implementación y acceso difícil (generando así una especie de *privilegios telemáticos* para los *elegidos*), y pasando por la

18. La Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, en sus artículos 25, 26 y 28 (sobre competencias municipales), es un buen ejemplo de lo dicho. En el mismo sentido, la legislación autonómica catalana, Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, artículos 66, 67 y 71.

Como manifestación específica hay que consignar la modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en la Ley 7/1985, cuyo artículo 70.bis, sobre *participación ciudadana*, prevé en su apartado 3 lo siguiente: "Asimismo, las entidades locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas.

Las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares colaborarán con los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado suficiente el deber establecido en este apartado."

propia configuración de lo que han de ser los servicios públicos. Ejemplos que podemos vincular con estas cuestiones son los relativos al procedimiento administrativo electrónico, o las reticencias que ha levantado ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la propuesta de Localret de dar cobertura de acceso a internet de alta velocidad en determinados municipios catalanes con déficit de dicho acceso y con carácter gratuito.[19]

Un tercer ámbito donde suelen producirse controversias es el que se centra en la información (considerada en su sentido más amplio) de que disponen las administraciones públicas, y concretamente en relación con el acceso a la misma y su difusión a la ciudadanía. En este ámbito, al principio de libre acceso a archivos y registros y difusión de la información se contrapondrán derechos fundamentales, como la intimidad o el relativo a la creación artística o técnica. La previsión de la tensión o conflicto entre ambos grupos está ya en la Constitución [*ex* artículos 105.b) y 20.1.b), en relación con el número 4 y con el artículo 53.1], de suerte que, nuevamente, se tratará de una cuestión de ponderación entre las medidas y garantías de unos y otros.

De unas u otras maneras, esta paradoja de la que venimos hablando no es infrecuente en el ámbito de las administraciones públicas del Estado social o de bienestar, atendidas tanto la extensión de sus tareas y estructuras como la fragmentación funcional y territorial de sus agentes (Baena, 1988: 32-35). De los supuestos en que concurren esos mandatos o prescripciones contrapuestas hemos elegido los tres que ya se perciben de las reflexiones que se acaban de hacer: procedimiento administrativo electrónico, privacidad o protección de datos de carácter personal, y gestión de propiedades y bienes inmateriales.

No obstante, antes de abordar el análisis pormenorizado de esos ámbitos, creemos necesario reseñar una serie de factores que caracterizan a los gobiernos y a las administraciones locales, y en razón de los cuales la problemática en dichos ámbitos adquiere unos perfiles singulares. Tales factores son los siguientes:

–Una atribución de capacidad y competencias generales a los municipios, lo que tiene como consecuencia práctica que ningún sector quede fuera de su ámbito de responsabilidad.[20]

–El hecho de ser la instancia más próxima a la ciudadanía, unido a otros factores estructurales, configura unas administraciones municipales en las que se *palpa* la presión de la ciudadanía y se percibe el impacto que ello produce en la organización.[21] Se sigue de ello una mayor capacidad de la ciudadanía para incidir y conseguir que los gobiernos y las administraciones locales atiendan a sus demandas.

–Una *constelación* de organizaciones públicas locales, formada por entes obligatorios (municipios, provincias, e islas en los archipiélagos balear y canario) y voluntarios (mancomunidades, consorcios, etc.),[22] que se relacionan e interactúan continuamente, lo que en determinados supuestos (por ejemplo, en el apartado de cesión de datos personales entre administraciones) puede suponer problemas añadidos.

–Una planta municipal donde predominan las organizaciones de dimensiones reducidas, de lo que se derivan graves dificultades de gestión.[23]

–Una relativa presencia de grupos u organizaciones surgidas de la sociedad civil (asociaciones y fundaciones), cuyo número, en algunas comunidades, como es el caso de Cataluña, puede ser muy elevado, y que con frecuencia se vinculan con el ayuntamiento mediante relaciones heterogéneas (partenariado, voluntariado, prestación de servicios públicos, entre otras), y que incluyen a menudo el uso de medios y recursos municipales (locales, equipos informáticos, etcétera).

–Una dosis apreciable de *voluntarismo* en las actitudes de una parte importante de las autoridades locales, vinculada a la característica de no profesionalización de la mayoría de los electos, que tiene como consecuencia práctica el desarrollo de iniciativas proactivas con vistas a apurar el diseño y la aplicación de las políticas en el cuatrienio del mandato electoral.

–Finalmente, una limitación de los poderes locales que, como es sabido, tienen vedado el *acceso* directo a la ley, a diferencia de las administraciones central y autonómicas, las cuales disponen de más posibilidades de que se incluyan aquellas medidas que les resulten nece-

19. A juicio de la CMT, "la oferta gratuita del servicio de acceso a internet y del uso de la red pública a los usuarios en este caso sería, *a priori*, y sin perjuicio de lo manifestado en el punto 5.2.d) del presente informe, considerada como una actividad susceptible de producir distorsiones a la libre competencia en el servicio de acceso a internet y en la explotación de la red pública de telecomunicaciones y, por lo tanto, contraria a los principios informadores de la normativa en vigor reguladora del sector de las telecomunicaciones". (Conclusión cuarta de la Resolución aprobada el 5.6.2003 en relación con el expediente RO 2003/622). Se puede consultar en http://www.cmt.es/cmt/decisiones/ultima.html, búsqueda RO 2003/622.

20. La atribución de competencias a los municipios se estructura a partir de largas listas de sectores y materias en los que se les garantiza su actuación, y que se describen en los artículos 25.2 (competencias propias), 26 (servicios mínimos) y 28 (actividades complementarias) de la Ley 7/1985. Y para cerrar el círculo, en esta misma ley, el artículo 5 les reconoce plena capacidad y el 25.1 prevé que "el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal".

21. De este factor y de sus consecuencias nos hemos ocupado ya en un trabajo anterior (Martínez-Alonso, 1998: 344-345).

22. Sobre las *personificaciones instrumentales locales* nos remitimos a nuestro estudio (Martínez-Alonso, J. L. e Ysa, T., 2003).

23. Sobre la problemática de las organizaciones locales nos remitimos a nuestro trabajo (Martínez-Alonso, 1998: 339-342).

sarias para su gestión y que requieran de su previsión en una ley formal, ya sea con su inclusión en las leyes de acompañamiento de los presupuestos,[24] ya sea mediante su incorporación a leyes generales.[25]

3. El procedimiento administrativo electrónico

3.1. Consideraciones preliminares

En el ámbito jurídico es muy conocida la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1997 (Aranzadi: RJ 1997/8251), en la cual se declara:

"[...] estamos asistiendo, en cierto modo, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con transcendencia jurídica, no puede identificarse ya en exclusiva con el papel como soporte, ni con la escritura como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen hoy día una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y en especial de los documentos mercantiles."

Si existe alguna organización que haya girado históricamente alrededor del papel, ésta es, sin ninguna duda, la Administración pública, a la que gráficamente le hemos asociado siempre la imagen del funcionario rodeado y cubierto de documentos, legajos, expedientes administrativos, etcétera.

Pero también el ámbito estrictamente administrativo se acerca a una realidad sin papel, de la mano de las nuevas tecnologías, las cuales han de permitir en un corto espacio de tiempo acercarnos al paradigma de la Administración electrónica; una administración que se podrá constituir en un nuevo modelo organizativo, en el que no tan sólo existirá un conjunto de información al alcance de los ciudadanos sino donde todas o gran parte de las gestiones administrativas se podrán llevar a cabo por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Pero el concepto de Administración electrónica no está relacionado únicamente con la necesidad de trabajar con equipamientos tecnológicamente avanzados, sino también, y sobre todo, a un profundo cambio cultural en cómo se ha de entender la Administración, tanto desde su funcionamiento interno como en las relaciones con los ciudadanos.

En el año 2000, el Gobierno Blair puso en funcionamiento el programa *"UK on-line"*, partiendo de la premisa que el 53% de la población británica estimaba que el Gobierno no necesitaba más medios económicos para el ejercicio de su actividad, sino sencillamente una mayor eficacia. Entre los objetivos del programa se encuentran tanto el que en el año 2005 se puedan realizar el 100% de las gestiones con los ciudadanos por medios electrónicos como que la contratación pública se realice por este mismo canal en un 90% del total.

A este respecto, hay que señalar el importante impacto económico favorable que el programa *"UK on-line"* puede suponer para los presupuestos estatales: se estima que el coste administrativo de cada gestión realizada por un ciudadano de manera presencial es de unos 7 euros; si la misma gestión se hace por teléfono su coste baja hasta los 1,8 euros; pero si se gestiona por internet este coste baja todavía más, hasta situarse alrededor de los 0,9 euros, es decir, se produce un ahorro del 87% sobre el coste presencial. Y no sólo esto, ya que el beneficio no es tan sólo para la Administración, sino que, lógicamente, los propios ciudadanos percibirán directamente los beneficios en forma de ahorro de tiempo, facilidad de relación con la administración, mayor eficiencia en las actuaciones, etcétera.

Ahora bien, muchas organizaciones pretenden utilizar las tecnologías de la información como el único medio para resolver sus problemas más complejos, pero las TIC por sí solas no son la solución, ya que su incorporación de forma aislada puede crear más problemas de los que pretende resolver.

De igual modo que el paso de la agricultura a la industria supuso un cambio radical en las relaciones sociales, el paso de la era post-industrial a la del conocimiento esta suponiendo otro cambio en el mismo sentido, excepto por el hecho que este último no se puede percibir físicamente.

Se puede afirmar que actualmente la Administración tiene a su alcance un conjunto de instrumentos para reorientar su función de forma inigualable en la historia. A pesar de ello, los elementos que pueden complicar las acciones a implementar se encuentran más vinculados a los fundamentos organizativos que a los tecnológicos o materiales, ya que el cambio depende de la capacidad de cada uno de los organismos en la reorganización de sus actividades para que sea factible el uso de las nuevas tecnologías en las relaciones con los ciudadanos.

No se pueden contemplar las iniciativas de impulso de la sociedad de la información como un simple conjunto de cambios tecnológicos y de infraestructuras. La

24. En la denominación actual, leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyos proyectos son aprobados por los gobiernos respectivos.

25. Como ejemplo de este último supuesto podemos citar el de la L 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, que en su disposición adicional décima regula el *Régimen jurídico de la "Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima"* (SEGIPSA), y cuyo apartado 10 dispone lo siguiente: "Para la realización de los trabajos que se le encomienden de acuerdo con la presente disposición, SEGIPSA podrá recabar de la Dirección General del Catastro, en los términos previstos en el artículo 64 de esta Ley, la información de que disponga en relación con los bienes o derechos objeto de las actuaciones que se le hayan encomendado, sin que sea necesario el consentimiento de los afectados."

sola automatización de procesos, sin un rediseño de éstos, provocará un efecto multiplicador de los defectos de las organizaciones.

Por lo tanto, para ofrecer servicios ligados a la gestión administrativa electrónica, se tiene que repensar la organización en el sentido de:

–Conocer qué hacemos y cómo.

–Rediseñar los procedimientos y las metodologías de trabajo internas.

–Implantar sistemas de información que soporten la gestión interna de los procedimientos.

–Transmitir una cultura de calidad y de cambio a la organización.

Además, este proceso de repensar las organizaciones no tiene final, ya que las posibilidades de utilización de las TIC son tan grandes que siempre será posible mejorar nuestras actividades, todo esto acompañado siempre de importantes inversiones efectuadas de una manera sostenida a lo largo de los años.

Así pues, la gestión del procedimiento administrativo electrónico deberá llevarse a cabo contemplando todas y cada una de las fases del procedimiento, considerándose para cada una de ellas los elementos y factores que intervienen, tanto desde la perspectiva tecnológica como de los requerimientos jurídicos y de gestión sobre los que desarrollar el procedimiento.

En este sentido, creemos necesario hacer una reflexión inicial sobre los aspectos y elementos que intervienen en la gestión del procedimiento electrónico, como son: la configuración del documento electrónico, el registro electrónico de entrada/salida, la gestión del procedimiento mediante herramientas de *workflow*, la validez del procedimiento en relación con la firma electrónica, la notificación electrónica y finalmente, y no por ello con una menor importancia, la conservación y validez de los documentos electrónicos a lo largo del tiempo.

3.2. El documento electrónico

Antes de empezar a plantear los aspectos jurídico-técnicos que definen los documentos electrónicos, es necesario prestar atención al concepto básico que lo sustenta. En este sentido, una concepción amplia de documento nos remite a considerar como tal cualquier fuente de datos recuperable en el tiempo y en el espacio.

Partiendo de este concepto amplio de documento, comprensivo tanto de los creados o almacenados en soporte papel como los que lo son en soporte electrónico, deben establecerse las diferencias existentes entre ambas tipologías de documentos, las cuales deberán tenerse presentes en la configuración y legitimación de todo proyecto de procedimiento administrativo electrónico.

La primera nota diferenciadora es aquella que hace referencia al soporte material sobre el que se registra. Mientras que en el documento no electrónico el soporte sobre el que se produce su registro es un soporte tangible y directamente accesible e interpretable sin que sea necesaria ninguna forma de intervención técnica, en el documento electrónico se da la circunstancia que la información ha pasado a ser intangible ya que se almacena como una sucesión de ceros y unos que no se pueden tocar y, al mismo tiempo, no se pueden encontrar e interpretar si no es mediante alguna herramienta de soporte que nos facilite su localización y conversión al lenguaje natural en el que se creó, siendo esta cuestión la que hace referencia a su contenido textual.

La segunda diferencia se puede encontrar dentro del ámbito de la validez del documento y más concretamente en aquel elemento que garantiza su autenticidad. El documento electrónico, si no se acompaña de algún elemento accesorio, como la firma electrónica, que garantice su autoría, es anónimo por naturaleza, ya que no contiene ninguna nota diferenciadora, como sí la incorpora el documento manuscrito y hasta el mecanizado pero identificado por su autor a partir de su firma autógrafa.

Para el resto de los factores, se puede decir, sin ninguna duda, que coinciden en su formulación tanto en los documentos electrónicos como los que no lo son, y por lo tanto hace falta poner el acento en los factores diferenciales a la hora de abordar cualquier aproximación al marco normativo del documento electrónico.

Una primera aproximación al concepto de documento electrónico sería la que ofrece el Real decreto 263/1996, de 16 de febrero:

"Documento: entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que puede ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada." [artículo 3.d)]

De esta nueva definición de documento se pueden extraer tres categorías diferenciadas de documentos electrónicos, como son:

a) Los registros de las bases de datos y ficheros, en los cuales se almacena información estructurada y organizada siguiendo criterios previamente definidos.

b) Los documentos digitalizados, es decir, aquellos documentos creados en soporte papel y que posteriormente han sido escaneados y transformados en un fichero de imagen, fiel reproducción del original.

c) El documento electrónico, *stricto sensu*, es decir, aquel cuyo ciclo de producción y reproducción es íntegramente electrónico o digital, incorporando los elementos de autenticidad necesarios para garantizar la identificación de su autor y la integridad de su contenido.

Así pues, en la configuración de todo procedimiento administrativo electrónico deberemos tener en cuenta qué tipo de documentos vamos a tratar y la validez jurídica que a cada uno de ellos le podemos atribuir.

Como veremos más adelante, únicamente a los documentos pertenecientes al grupo c) les podemos atribuir validez jurídica plena, puesto que son los únicos que gozan de las características de validez y autenticidad en términos análogos al documento manuscrito.

Por otro lado, será necesario contemplar la conveniencia de mantener archivos físicos en tanto que en los expedientes puedan o deban incorporarse documentos en soporte papel, los cuales, aun cuando hayan sido digitalizados, mantendrán todo su valor probatorio en tanto que ostentan la condición de original, por lo que la validez del documento digitalizado se regulará a partir de lo que dispone el artículo 46 de la Ley 30/1992.

Finalmente, para los documentos del grupo a) deberemos tener presente que principalmente formarán el grueso de los actos de trámite en la ejecución del expediente, y que tendrán validez y eficacia en cuanto se cumpla con los requisitos enunciados en el artículo 45.5 de la Ley 30/1992, es decir, se pueda garantizar su autenticidad, integridad y conservación.

3.3. El registro telemático

Con las modificaciones incorporadas por la Ley 24/2001 se ha legalizado la existencia de registros telemáticos, es decir, para recibir y dar salida a los escritos, documentos y comunicaciones que se realicen en soporte informático sin la presencia física de los sujetos que la efectúen. Se puede afirmar que el registro telemático constituye una modalidad de registro informatizado caracterizado por su aptitud para dejar constancia de las actuaciones administrativas o las de los ciudadanos realizadas a distancia, sobre el que cabe plantearse ciertas especificidades respecto del registro tradicional de las organizaciones administrativas clásicas. Es esta una materia de gran actualidad que ya ha sido tratada en diversos trabajos, entre los que destaca el del profesor Valero Torrijos (2002).

Es evidente que en las relaciones administrativas, el registro constituye uno de los principales puntos en la gestión del expediente administrativo, puesto que en él confluyen los actos que las partes del procedimiento ponen en conocimiento de los otros actores.

Aunque en un primer momento pueda parecer sencilla la implantación de un registro telemático, a medida que se avanza en su configuración van apareciendo una serie de elementos, los cuales se desarrollarán a continuación, que es necesario tener en cuenta en cuanto a su implementación y correcto tratamiento.

3.3.1. Requisitos de los registros telemáticos

De acuerdo con lo que se dispone en el artículo 38.9 de la Ley 30/1992, los registros telemáticos tendrán que respetar las exigencias fijadas con carácter general por los registros administrativos, es decir, tendrán que garantizar "la constancia en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe extensivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra" (Ley 30/1992: 38.3).

Así pues, es necesario que las aplicaciones informáticas que se diseñen tengan en cuenta todas estas circunstancias, además, por supuesto, de las exigidas en función del soporte informático en que se almacenen: disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y conservación de la información, garantías generales que quedan recogidas en el Real decreto 263/1996 visto antes.

Además, el artículo 7 del mismo real decreto obliga a la implementación de medidas de seguridad orientadas a evitar la interceptación y alteración de las comunicaciones, los accesos no autorizados, así como garantizar la compatibilidad técnica entre el sistema empleado por el emisor y el receptor de la comunicación.

El propio registro telemático ha de informar de los problemas que aparezcan mientras se produce la presentación de los documentos, tanto si éstos se dan por la inexactitud de los datos facilitados por el ciudadano como si se produce un error o avería de los sistemas informáticos en ambos extremos de la comunicación.

Desde la perspectiva de las limitaciones a que se encuentran sujetas las actuaciones que se pueden realizar a través de los registros telemáticos, el artículo 38.9 de la Ley 30/1992 ha establecido dos: la primera, desde un punto de vista subjetivo, ya que sólo se podrán realizar actuaciones que correspondan a la competencia del órgano o entidad que ha creado el registro, y la segunda, desde una perspectiva objetiva, en tanto que los procedimientos y trámites que admitan la comunicación telemática tendrán que haberse especificado previamente en la norma de creación del registro.

3.3.2 Utilización de modelos normalizados de solicitudes

El artículo 70.4 de la Ley 30/1992 prevé de manera genérica la posibilidad de utilizar modelos normalizados de solicitudes, aspecto que en el ámbito de la presentación telemática adquiere una especial relevancia por el hecho que facilita la automatización en la recogida de la información remitida, evitando una actividad posterior de sistematización y archivo de esta información.

Como dispone el artículo 70.4, párrafo segundo, en relación con el uso de modelos normalizados "los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen

convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan". Es decir, el ciudadano tiene el derecho de ampliar la información suministrada a la Administración cuando las posibilidades de espacio y formato que le pongan a disposición no le permitan comunicar toda la información que considere necesaria para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

El principal problema que plantea esta posibilidad es el de garantizar la identidad del autor del documento y su integridad, de tal modo que cualquier alteración de éste pueda ser advertida por el órgano administrativo destinatario de la información.

La solución de este problema se encuentra en las posibilidades que ofrece la firma electrónica como mecanismo que garantiza, de forma razonable, la identidad del autor de los documentos y su integridad. Es por eso que las aplicaciones informáticas utilizadas en los registros telemáticos se tendrían que adaptar a las necesidades específicas de la presentación de documentos, de manera que se permitiera firmar electrónicamente todos aquellos que se adjunten a los modelos normalizados de solicitudes.

3.3.3. El recibo telemático

Según dispone el artículo 70.3 de la Ley 30/1992, el ciudadano podrá exigir el correspondiente recibo de las solicitudes, las comunicaciones y los escritos que presente ante la Administración pública, cuestión que queda precisada en el artículo 6 del Real decreto 772/1999. En concreto, este precepto prevé el supuesto de que el ciudadano realice la presentación telemática, en el sentido que "el recibo se expedirá de acuerdo con las características del soporte, medio o aplicación y deberá reunir los requisitos expresados en los apartados anteriores".

En relación con el contenido del recibo, el citado artículo exige de manera alternativa que la acreditación pueda consistir en una copia fiel del documento donde se haga constar el lugar y la fecha de la presentación o bien que sea un recibo en sentido estricto, en el cual se haga constar "el remitente, el órgano destinatario y un extracto del contenido de la solicitud, escrito o comunicación". Es decir, no es suficiente que el registro telemático ofrezca al ciudadano tan sólo un número o código de registro o epígrafe indicativo de la naturaleza del documento presentado, sino que hace falta al menos un resumen de su contenido.

Un ejemplo de cómo se materializa este requisito lo encontramos en la Resolución de 11 de diciembre de 2001, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en cuya disposición cuarta se prevé que el registro devolverá "en pantalla el escrito de presentación de la solicitud validado con un código electrónico de 16 caracteres, además de la fecha y hora de presentación".

Finalmente, hay que señalar que el artículo 6.1 del mismo Real decreto 772/1999 exige que la expedición del recibo se efectúe "en el mismo momento de la presentación de la solicitud", de tal manera que la emisión de la acreditación ha de ser automática y se tiene que poner a disposición del interesado con la mayor agilidad posible.

3.3.4. Eficacia temporal de la presentación telemática

Uno de los problemas que puede provocar la tramitación telemática es el relativo a la determinación del momento en que se debe considerar como presentado el escrito en el registro del órgano competente, cuestión ésta que adquiere una gran trascendencia cuando se debe dar por agotado un plazo máximo para la resolución de un asunto o para la notificación de la resolución y la consecuente convalidación o no del acto administrativo para la actuación del silencio.

La resolución de esta cuestión se encuentra en la regulación general de los registros administrativos. El artículo 4.2, párrafo 2.º, del Real decreto 772/1999 considera como registro del órgano competente cualquiera de los correspondientes al departamento que tenga atribuida la tramitación, por lo que la remisión de los escritos, solicitudes y comunicaciones a través del registro telemático, y más concretamente, la recepción en el mismo, podrá determinar automáticamente el inicio del plazo para dictar resolución expresa y para su notificación. Consecuentemente, como regla general, se ha de admitir que en el supuesto de la utilización por parte del ciudadano de los registros telemáticos, la fecha de registro en éste coincidirá con la de la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

En relación con la eficacia temporal de las actuaciones realizadas a través de un registro telemático, es necesario resaltar que el artículo 38.9 de la Ley 30/1992 establece con carácter básico que puedan presentarse las solicitudes, escritos y comunicaciones "todos los días del año durante las veinticuatro horas". A estos efectos, si la recepción se produjera en un día inhábil para el órgano o entidad destinataria, la presentación se entenderá efectuada el día hábil siguiente.

Finalmente, será necesario prever en qué medida quedan afectadas las reglas generales sobre el cómputo de los plazos si se diera el supuesto que por razones técnicas no imputables al interesado, el registro telemático quedara fuera de servicio durante un tiempo determinado, sobre todo si esta falta de disponibilidad se produce el último día del plazo fijado.

A este respecto, es necesario tener presente que por ser el registro el punto de entrada / salida de los documentos electrónicos, no por ello con su implantación se

puede considerar que ya se tiene en marcha la gestión electrónica de un asunto; es necesario contar con otros elementos, con la gestión electrónica del expediente, la notificación electrónica o la gestión documental, para con la suma de todos ellos disponer de un verdadero procedimiento administrativo electrónico.

De poco sirve contar con un punto de entrada por el canal electrónico si el resto del procedimiento se ejecuta siguiendo los mismos trámites y circuitos que los utilizados en el procedimiento manual.

Actualmente, estamos asistiendo a una carrera de implantación de cuantos más procedimientos en línea mejor, como una muestra de la modernización de las administraciones públicas, pero sin abordar con profundidad el rediseño de los circuitos y procesos para obtener una mayor agilidad en su resolución.

Es evidente que el ciudadano agradece cualquier iniciativa que le facilite las relaciones con las administraciones públicas, pero este agradecimiento se desvanecerá rápidamente si una vez iniciado el procedimiento los requisitos (presentación de documentación complementaria, notificación, seguimiento del expediente, etc.), trámites y periodificación en la resolución no son ostensiblemente mejores que en el procedimiento tradicional.

3.4. El circuito administrativo electrónico (*workflow*)

Se puede entender como circuito administrativo electrónico aquel sistema de tramitación soportado por una herramienta informática que facilite y ayude a todos los actores involucrados en todas y cada una de las fases de un procedimiento administrativo, con indicación expresa de los datos que hay que incorporar al sistema y los documentos que se han de emitir o tratar en cada una de ellas, impidiendo la realización de ciertas fases de los procedimientos si no se han cumplido una serie de requerimientos previos.

El inicio de todo expediente administrativo se puede producir por alguno de los siguientes canales:

–El interesado (ciudadano o empresa), de manera presencial o virtual a través del portal que la Administración tenga a internet.

–El funcionario, mediante una actuación de oficio.

Una vez iniciado el expediente e identificadas sus partes integrantes, entrará en funcionamiento el núcleo de la aplicación de tramitación. Un aplicativo de esta clase ha de permitir diseñar diferentes tipologías de expedientes con las correspondientes estructuras de datos y metadatos, todo esto enlazado por un motor de *workflow* que permita definir fielmente las reglas de los procedimientos (normativa aplicable, directrices de gestión, fases del circuito, etc.) y la estructura jerárquica o funcional de la Administración o ente público. Toda esta información, en su conjunto, tendrá que posibilitar a la herramienta de *workflow* dirigir el expediente en cada momento al responsable de su tramitación.

El sistema así definido se ve complementado por todo un conjunto de herramientas y aplicaciones que facilitan la tramitación y aumentan el nivel de información disponible. Algunas de estas herramientas pueden ser los mecanismos de seguridad (infraestructura PKI),[26] los sistemas de explotación de la información geográfica (SIG) o los sistemas de gestión documental para el almacenamiento y tratamiento masivo de la documentación. Es esencial que todas estas herramientas queden integradas en un único sistema de información y gestión administrativa que sea transparente al usuario y le permita obtener en cada momento la información que necesita.

El expediente definido en el sistema de información incluirá tanto documentos electrónicos (es decir, otros documentos del sistema) como físicos. Estos últimos pueden ser de dos tipos: escaneados, la imagen electrónica de los cuales se anexa al expediente, o documentos físicos en papel a los que se identificará mediante un código y de los que habrá que incorporar un extracto al expediente electrónico.

En un entorno como el descrito, la integración de los datos maestros es más una necesidad que no una herramienta complementaria. Implica tener en cuenta la consigna "un dato en un solo lugar y una sola vez". Esto quiere decir que los datos han de ser únicos y compartidos, siempre que se tenga el consentimiento del interesado cuando se haga tratamiento de datos de carácter personal, desde las tablas auxiliares hasta los datos transaccionales, de modo que el sistema no tenga información redundante y se pueda acceder a ella desde donde sea y cuando sea necesario.

Otro aspecto fundamental es el de la seguridad. Es básico garantizar la seguridad y confidencialidad de la información, preferentemente mediante la utilización de certificados reconocidos emitidos por prestadores de servicios de certificación.

Es, por tanto, la implantación de un circuito electrónico un elemento fundamental que coadyuvará a la materialización efectiva del procedimiento administrativo electrónico, no sólo en los aspectos de "escaparate" como el registro, sino también en la agilización en la tramitación de los expedientes, alcanzándose con ello la verdadera esencia de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión de los procedimientos por las administraciones públicas.

26. *Public Key Infraestructure.*

Con la implantación de este tipo de herramientas se podrá ofrecer a los ciudadanos utilidades que generen valor añadido al procedimiento, como la modificación de datos *on-line* o el seguimiento y situación del trámite en tiempo real, cuestiones que, además de suponer una mejora en las relaciones Administración/ciudadano, incorporan elementos de transparencia que ayudan a mejorar el funcionamiento de las administraciones públicas.

3.5. La firma electrónica

En primer lugar, es necesario fijar el concepto de tramitación electrónica, en cuanto se refiere a las relaciones que un ciudadano mantiene con la Administración a través de los canales telemáticos (principalmente internet), así como a la información y documentación que las dos partes se intercambian por este canal, normalmente en el curso de un procedimiento administrativo.

Mientras que los artículos 70 y 110 de la Ley 30/1992 hacen referencia a la necesidad de identificación del interesado o de la persona que le represente, así como la firma del solicitante o la acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio, en sede electrónica el artículo 7.2.b) del Real decreto 263/1996 se limita a exigir que se identifique de forma fehaciente al remitente y al destinatario de la comunicación, no considerándose por lo tanto la cuestión de la representación.

Los mecanismos de autenticación simple, como son los basados en los tradicionales códigos de usuario y *password*, no resultan suficientes para acreditar fehacientemente la identidad del interesado que se dirige a un órgano administrativo, ya que es posible que una tercera persona pueda hacer uso de estos mecanismos con relativa facilidad. Es por eso que será necesario dotarse de mecanismos de autenticación, como los vinculados a las técnicas de criptografía asimétrica y a la utilización de certificados electrónicos, para que quede garantizada la identidad y voluntad del interesado en la tramitación de cualquier procedimiento administrativo.

La cuestión de la autenticidad queda garantizada con la firma electrónica, regulada por la recién aprobada Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y definida en el punto 1 de su artículo 3 como "El conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante".

Normalmente, la forma de firmar electrónicamente un documento consiste en su cifrado mediante una clave que se encuentra en posesión tanto del emisor como del receptor. Este mecanismo de cifrado en el cual las dos partes utilizan una misma clave para cifrar y descifrar el documento se llama sistema de clave simétrica.

Explicado de una manera gráfica, el cifrado con clave simétrica consiste en que el particular (A) que dirige un escrito o solicitud a un órgano administrativo (B) cifra el documento aplicando la clave que comparten ambos agentes, mientras que el órgano administrativo utilizará la clave para hacer inteligible el documento que le llega cifrado.

A pesar de parecer seguro, este mecanismo de cifrado no cumple los requisitos que exige el artículo 70.1 de la Ley 30/1992 a los escritos o solicitudes que los particulares dirijan a la Administración por vía telemática, en tanto que, además de exigir la identificación del interesado [letra a)], también exige la firma del solicitante o la acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio [letra d)], y es en este último punto donde el cifrado de clave simétrica no puede garantizar la voluntad del interesado ya que, como se ha visto, la clave está a disposición de ambas partes y con los mismos efectos materiales.

El modo como la tecnología ha conseguido verificar la garantía de la integridad del documento y por lo tanto que quede acreditada la autenticidad de la voluntad del interesado sin que sea posible su manipulación, desde el punto de vista subjetivo de la comunicación, es mediante el cifrado de clave asimétrica. Este sistema de firma electrónica se fundamenta en la utilización de dos claves asociadas mediante una función matemática, de manera que del conocimiento de una de las claves no se puede obtener la configuración de la segunda.

Una de estas dos claves es privada, es decir, queda dentro del ámbito personal de su poseedor, mientras que la otra es pública, y por lo tanto accesible e utilizable por cualquier persona. La combinación de estas claves en el proceso de comunicación entre las partes garantiza que la autenticidad se asocie no sólo a la identificación del interesado (autenticidad), sino también a su voluntad (integridad). Si el interesado firma digitalmente un documento con su clave privada y la dirige a la Administración, y ésta la puede descifrar y verificar su integridad aplicando la clave pública del interesado, quedará totalmente garantizada la autenticidad e integridad del documento intercambiado.

Por lo tanto, si un particular quiere dirigir una solicitud o escrito a un órgano administrativo, tan sólo necesita disponer de un par de claves facilitadas por una tercera parte de confianza, un prestador de servicios de certificación[27] que no interviene en el procedimiento, del mismo modo que el órgano administrativo que

27. Las autoridades de certificación o prestadores de servicios de certificación tienen por función, además de facilitar el par de claves (pública y privada), la de actuar como fedatarios de la identidad de su proveedor, así como garantizar las condiciones óptimas de mantenimiento y depósito de los algoritmos y mecanismos que han permitido la generación de las claves.

interviene, sin que sea necesario que ambas partes se intercambien previamente ninguna clave.

El particular sólo necesita firmar con su clave privada el escrito o solicitud dirigido al órgano administrativo competente, para que éste pueda comprobar con la clave pública del interesado la autenticidad de la comunicación. Con esta fórmula sí que existe una garantía total y absoluta de que el documento se ha generado por quien dice haberlo hecho, y, además, la voluntad que transmite por medio de este documento es la que se contiene en él y no otra.

Esta firma digital mediante el sistema de claves asimétricas es la que se recoge en la Ley 59/2003 con el nombre de firma electrónica avanzada [artículo 2.b)], y se define como "La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a los que se refiere, y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control".

A pesar de las mayores garantías ofrecidas por la firma electrónica avanzada y con el fin de proporcionar un instrumento de firma electrónica equiparable a la firma manuscrita, la Ley 59/2003 introduce el mecanismo de firma electrónica reconocida (artículo 3.3) como: "Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma".

Por lo tanto, las características propias de la firma electrónica avanzada, siempre que sea reconocida, serán conciliables con los requisitos que la Ley 30/1992 exige para las comunicaciones ordinarias que los interesados dirijan a la Administración y viceversa. En contraposición, la firma electrónica ordinaria, por el hecho de no encontrarse vinculada a su propietario ni al contenido de los documentos, no permite garantizar material ni jurídicamente la autenticidad ni la integridad de una comunicación, requisitos estos forzosamente exigibles en las comunicaciones dirigidas a la Administración.

3.6. La notificación electrónica

El tratamiento de la notificación electrónica en el procedimiento administrativo electrónico no es en absoluto una cuestión pacífica, sino todo lo contrario, ya que con la correcta formalización de este trámite administrativo se puede dar por concluido, por lo menos en una primera etapa, el procedimiento o por el contrario abrir la vía de resolución judicial. Un excelente trabajo al respecto es el realizado por el profesor Hernández González, a partir del cual se han desarrollado las notas que siguen (Hernández González, 2002).

Después de las reformas incorporadas por la Ley 4/1999, el texto de la Ley 30/1992 señala en nueve ocasiones diferentes que el plazo máximo legal de duración de los procedimientos se entiende que es para resolver y notificar la resolución (artículos 42.1, 2 y 5; 43.1 y 5; 44; 115.2; 117.2; y 119.3). Es decir, la notificación de la resolución se conforma como un elemento esencial que determina la finalización del procedimiento y, por lo tanto, la interrupción del cómputo tanto del silencio administrativo como de la caducidad del procedimiento.

A estos efectos, hay que recordar que el artículo 59.1 de la Ley 30/1992 establece que la notificación se practicará por cualquier medio que permita obtener la constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado, lo que posibilita de manera implícita la utilización de la notificación telemática.

Es por ello que el artículo 7 del Real decreto 263/1996 establece que las notificaciones realizadas por medios o con aplicaciones informáticas, electrónicas o telemáticas entre la Administración General del Estado y cualquier persona física o jurídica queden condicionadas al cumplimiento de un conjunto de requisitos técnicos que garanticen la disponibilidad y el acceso, la compatibilidad y la seguridad de las comunicaciones, con la finalidad de evitar la interceptación y alteración de los mensajes, así como los accesos no autorizados. Así pues, de acuerdo con el apartado segundo de este artículo, las notificaciones electrónicas serán válidas siempre que:

Exista constancia de la transmisión y recepción de sus datos y del contenido íntegro de las comunicaciones, de acuerdo con lo que se prevé en los artículos 58.2 y 59 de la Ley 30/1992, por lo que también será preciso incorporar elementos como: si la resolución es o no definitiva en vía administrativa, los recursos posibles y el órgano ante el cual se pueden presentar, así como el plazo máximo para interponerlo.

Que el remitente y el destinatario de la comunicación se puedan identificar de manera fehaciente. Como se ha visto en el apartado anterior, esta identificación fehaciente se consigue mediante la firma electrónica avanzada reconocida facilitada por un prestador de servicios de certificación.

Que el interesado en el procedimiento haya determinado como medio preferente de comunicación, en cualquier momento del procedimiento administrativo, el medio electrónico, tal y como se prevé en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992 cuando permite "la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificación". No obstante, la notificación telemática se considerará, con carácter general, como medio preferente cuando se incardine en procedimientos que se desarrollen íntegramente en soportes informáticos, en

los cuales se produzcan comunicaciones caracterizadas por su regularidad, número o volumen entre la Administración General del Estado y determinadas personas físicas o jurídicas (Real decreto 263/1996: 7.3).

La voluntariedad del medio de notificación se recoge también en el artículo 59.3 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 24/2001, señalando que "para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando, además, la dirección electrónica correspondiente".

Cuando se cumpla con todos estos requisitos y de acuerdo con el artículo 7.4 del Real decreto 263/1996, los datos de transmisión y recepción acreditados en la notificación telemática serán válidos a los efectos del cómputo de los plazos, habiéndose de anotar en los registros generales o auxiliares previstos en el artículo 38.3 de la Ley 30/1992.

El principal problema que plantean las notificaciones electrónicas remitidas a los particulares es que los protocolos de no-rechazo y la firma electrónica avanzada garantizan la confidencialidad (por el cifrado del documento), la autenticidad e integridad del mensaje o documento (mediante la firma electrónica), pero no que la notificación haya sido efectivamente recibida por el interesado o por otra persona que pueda ser identificada.

Una primera aproximación a la resolución de dicho problema es la planteada para la Administración General del Estado en el Real decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos, mediante el cual se añaden una serie de artículos a los reales decretos 263/1996 y 772/1999, también de aplicación exclusiva para la Administración General del Estado y los entes públicos de ella dependientes.

Aunque no parezca ésta la solución mejor, por cuanto exige a los interesados el disponer de una dirección de correo electrónico única, en contraposición con lo establecido para el procedimiento no electrónico, como indica el artículo 12.3 del citado RD 209/2003:

"3. Para la eficacia de lo dispuesto en el presente artículo, todo interesado que manifieste su voluntad de ser notificado por medios telemáticos en cualesquiera procedimientos deberá disponer, con las condiciones que se establezcan, de una dirección electrónica habilitada para ello, que será única para todas las posibles notificaciones a practicar por la Administración General del Estado y sus organismos públicos [...]."

Condiciones que han sido fijadas por la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, por la que se desarrolla la disposición final primera del RD 209/2003, de 21 de febrero, en sus artículos octavo y noveno

Sí que constituye un primer intento de abordar la cuestión de validez de la notificación electrónica. El tiempo y las experiencias que se obtengan marcarán el camino a seguir, aunque no parece descabellado aventurar que, más pronto que tarde, será necesario flexibilizar un sistema que *a priori* parece, y es, demasiado rígido, básicamente como consecuencia de las incertidumbres que se plantean en este campo.

En cualquier caso, estos inconvenientes quedan en segundo plano por la voluntariedad de la comunicación electrónica. Por lo tanto, una vez los interesados hayan manifestado su consentimiento y facilitado una dirección electrónica, de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente, las notificaciones transmitidas por correo electrónico a esta dirección, con las correspondientes garantías, tendrán total validez; excepción hecha que se pueda demostrar la imposibilidad material de acceder al texto notificado o que se haya producido una interceptación o alteración del mensaje durante la transmisión.

De todos modos, es evidente que la notificación por correo ordinario no está exenta de riesgo de pérdida, por lo tanto parece fuera de toda lógica exigir mayores garantías al procedimiento telemático que al ordinario, por lo que el artículo 59.3 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, incorpora una doble presunción:

–Presunción de notificación mediante la recepción del mensaje en la dirección electrónica facilitada por el interesado: "La notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica."

–Presunción en el rechazo de la notificación por el transcurso de diez días naturales sin que el destinatario acceda al contenido del mensaje: "Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso."

La finalidad de esta segunda presunción parece clara: evitar una conducta elusiva del interesado a recibir la notificación, retrasando de esta forma la continuación o finalización del procedimiento, para, de este modo, poder obtener un silencio positivo o la caducidad del procedimiento. De acuerdo con la remisión que realiza este mismo precepto, los efectos que se derivan de esta presunción son los previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, según el cual cuando el interesado rechace la notificación "se hará constar en el expediente [...] y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento".

Dicho de otra forma, la recepción del mensaje en el buzón de correo electrónico sin que en el plazo de diez días naturales se produzca el acceso a su contenido, queda equiparado al rechazo de la notificación y no a la ausencia del interesado de su domicilio. En este sentido no será de aplicación el doble intento de notificación que el artículo 59.2 de la Ley 30/1992 exige cuando ninguna persona puede hacerse cargo de la notificación en el domicilio del interesado, lo que podría interpretarse como una situación discriminatoria en razón de la tecnología empleada, ya que la falta de acceso al correo bien podría producirse por una conducta dilatoria del interesado, pero también podría darse el caso de un error en la transcripción de la dirección de correo electrónico, cuestión que dejaría el error sin posibilidad de rectificación en un segundo intento por parte de la Administración.

3.7. El archivo y conservación de los documentos electrónicos

Fijados los contornos jurídico-materiales a los que se sujetan los procedimientos electrónicos, hay que ver si existen las garantías de conservación de los documentos para que sus efectos sean perdurables en el tiempo.

Si bien es cierto que ésta es una cuestión que desde hace mucho tiempo no se plantea para los documentos en soporte papel, dado que este proceso de conservación se encuentra plenamente arraigado y normativizado en el seno de las organizaciones, el hecho que en este momento se disponga de un nuevo soporte documental hace necesario afrontar el tema, aunque sea de manera sucinta, y ver cuál es el estado de la cuestión en el ámbito normativo español.

En primer lugar, hay que decir que los documentos electrónicos con valor jurídico, en tanto que equiparados a los autógrafos, han de conservar su vigencia por el mismo período de tiempo que éstos, y por lo tanto se ha de garantizar su legibilidad y el mantenimiento de sus efectos jurídicos, mientras así lo establezcan los procedimientos en los cuales se encuentren incluidos.

A este respecto, la Ley 59/2003 incorpora una regulación más detallada que la que figuraba en el derogado RDL 14/1999, sobre las obligaciones de conservación de los certificados reconocidos por parte de los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos, tanto en relación con la verificación de las firmas efectuadas como con la fiabilidad de los sistemas de almacenamiento de dichos certificados. Todo ello por un período de quince años contados desde el momento de su expedición [artículos 20.1, letras f) y g), y 21.3].

Este período previsto de conservación de quince años parece suficiente como para garantizar la validez de los documentos en las fases activa y semiactiva, pero, ¿qué pasará una vez transcurrido este período?

Como muy bien indica Jordi Serra en su trabajo "Gestión de los documentos digitales: Estrategias para su conservación", "¿qué sentido tiene garantizar la fiabilidad de una transacción electrónica y la autenticidad de sus intervinientes, así como de su contenido, si esta información no se puede utilizar como prueba pasado un tiempo?" (Serra, 2001: 5).

La firma digital es un serio problema para la conservación a largo plazo. Si se trata de documentos que han de mantener su valor legal durante un largo período de tiempo, deberemos tener presente que la migración a un nuevo formato puede invalidar la firma digital que acompaña al documento. El *National Archives and Record Administration* (NARA) de los Estados Unidos de América recomienda que el nombre de la persona que firma el documento, juntamente con la fecha de la firma, consten escritos de una forma humanamente inteligible en el propio documento, con la finalidad de poder preservar la autoría del documento en el caso que la migración invalide la firma digital (Serra, 2002: 35).

Por lo tanto, si se produce la migración mencionada, lo que parece del todo posible y recomendable si lo que se pretende es mantener vivos los archivos administrativos y al mismo tiempo adaptarse al constante cambio tecnológico, nos encontraremos de aquí a unos años con una ingente cantidad de documentos electrónicos que en su día fueron firmados digitalmente pero que en el futuro puede ser que hayan perdido parte de los requisitos de validez que los equipararon a los documentos autógrafos.

Debe decirse que no existe una única solución al problema ya que la evolución tecnológica hará muy difícil mantener la legibilidad íntegra de estos documentos a lo largo del tiempo, en este sentido, y para ilustrar un poco el problema, a continuación se reproduce una parte de la solución adoptada por el NARA (Serra, 2002: 44):

"Cuando un documento electrónico está en fase administrativa y son activos sus valores primarios se hace preciso un mecanismo que garantice su autenticidad, y la forma de hacerlo es mediante sistemas de autenticación como la firma digital o los códigos de acceso al sistema. El documento incorpora el código de seguridad como metadato y el fichero que contiene el significado de ese código pasa a ser, a partir de ese momento, parte del contexto del documento. Sin embargo, cuando el documento pierde sus valores primarios y se convierte en documento de 'archivo', este cambio va asociado a un cambio de espacio: el documento es transferido a un espacio que denominamos 'archivo digital', y que identifica a los documentos como históricos por el solo hecho de residir en ese espacio [...]. Este es un espacio cerrado, reservado al acceso de

un único usuario autorizado y responsable de la custodia. Por lo tanto, la autenticación particular de cada documento se convierte en una autenticación general: todos los documentos electrónicos, por el mero hecho de residir en el espacio del 'archivo virtual' se consideran auténticos, y lo hacen en virtud de dos condiciones:

"–Que el espacio de archivo es un espacio inmodificable, reservado al acceso del archivero.

"–Que se tiene la certeza de que los documentos han ingresado auténticos en el archivo, puesto que lo han hecho mediante un proceso controlado."

Pero el problema de la conservación y el archivo de la documentación electrónica no se vincula exclusivamente con la problemática que incorpora la firma electrónica, sino que también se ha de extender al resto de los documentos que se generen en las organizaciones.

En este sentido, los documentos son activos críticos en las administraciones públicas, y por lo tanto se ha de encontrar la mejor forma de gestionarlos, ya que con carácter general se puede decir que:

–Los archivos de documentación ocupan mucho espacio físico y éste aumenta significativamente en cortos espacios de tiempo.

–El espacio físico es caro y escaso.

–Los sistemas de organización de los archivos existentes no se utilizan adecuadamente.

–La documentación archivada no es fácilmente accesible.

–La documentación se puede deteriorar con el tiempo si no se archiva en óptimas condiciones de conservación.

Como dijo el Sr. Erkki Liikanen, comisario europeo para la Empresa y la Sociedad de la Información, durante la celebración del DLM Fórum de 1999, "la importancia de ofrecer acceso público y conservación de la información electrónica a largo plazo se considera hoy en día un requisito crucial para conservar la memoria de la sociedad de la información y, al mismo tiempo, mejorar los procesos de negocio de cara a un gobierno más efectivo".

Fruto de esta sensibilidad por la gestión electrónica de los documentos, la Comisión Europea encargó la confección de un informe que analizara de forma exhaustiva los requisitos de la gestión de los registros electrónicos.

Ultimados los trabajos por un grupo de auditores expertos con la colaboración de profesionales de diversos países de la Unión Europea, se presentó a mediados del año 2001 la especificación MoReq, en la que se describen los requisitos funcionales de un modelo de sistema de gestión de registros electrónicos (SGRE) o sistema de gestión documental.

El documento analiza con detenimiento todos los elementos substanciales que intervienen en la gestión electrónica de los documentos, como son:

–El sistema de clasificación a utilizar.

–Los controles de acceso y de seguridad a implementar.

–Las normas a considerar en la conservación y eliminación de los documentos.

–La captura de los registros.

–Cómo referenciar los registros para vincularlos con los documentos.

–Aspectos relacionados con la búsqueda, recuperación y reproducción de los documentos.

–Las funciones de administración del sistema que hay que incorporar.

–La gestión de aspectos como la firma electrónica, la encriptación, los registros no electrónicos, etcétera.

Otra norma internacional que se debe tener presente en el momento de abordar la gestión documental es la norma ISO 15489 sobre Información y documentación. Gestión documental.

Esta norma es aplicable a la gestión de documentos, en sus fases activa y semiactiva, de todos los formatos o soportes, creados o recibidos por cualquier organización pública o privada en el ejercicio de sus actividades o por cualquier responsable de crear y mantener documentos, sirviendo de referencia para el diseño e implementación de un sistema de gestión documental.

Los sistemas de gestión documental deben incorporar documentos que se caractericen por su autenticidad, fiabilidad, integridad y utilidad. Asimismo, los sistemas de gestión documental han de ser fiables, garantizar la integridad, adecuarse al entorno normativo, responder a las necesidades de toda la organización, y todo esto siguiendo un modelo sistematizado que permita crear, mantener y gestionar los documentos mediante políticas bien documentadas, responsabilidades asignadas y metodologías formales para asignarlas.

Como se ha podido ver, existe una gran preocupación en el ámbito archivístico sobre cómo se ha de gestionar la conservación de los documentos en un momento en que las nuevas tecnologías están provocando el desbordamiento de los mecanismos de archivo tradicionales, bien por la aparición de nuevos formatos de documentos o bien por una explosión en la creación de documentos provocada por la aparición de nuevos medios de comunicación y difusión de la información.

En este sentido, y recogiendo la sensibilidad que al respecto han manifestado los profesionales de la archivística, la Ley catalana 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos, prevé en su artículo 7 que:

"Responsabilidades de los titulares de documentos públicos.

"Todas las administraciones y las entidades titulares de documentos públicos han de disponer de un único sistema de gestión documental que abarque la producción, la tramitación, el control, la evaluación y la conservación de los documentos y el acceso a éstos y

que garantice el tratamiento correcto mientras sean utilizados administrativamente en las fases activa y semiactiva."

3.8. Valoración de la situación en el ámbito de las administraciones locales

El impacto de las TIC en las administraciones públicas se puede medir, básicamente, desde tres perspectivas diferentes: (1) su utilización en la organización y gestión interna con el objetivo de mejorar los sistemas de integración de la información y coordinación de las distintas instancias de la Administración pública; (2) el desarrollo de nuevas aplicaciones basadas en internet y en las TIC, destinadas a favorecer el contacto y la comunicación con los ciudadanos, y (3) la implantación de un verdadero canal electrónico de tramitación de los asuntos que acerque definitivamente la Administración a los ciudadanos, ofreciendo un auténtico valor añadido a la gestión administrativa de los expedientes.

Por lo que respecta a la primera de las perspectivas, cabe decir que su estudio, aun teniendo una relación directa con el presente trabajo, no es objeto de su análisis, ya que al situarse en el ámbito organizativo interno de las administraciones públicas, requeriría de un detallado estudio prospectivo de los procesos y circuitos mecanizados en cada organización.

En relación con el segundo de los ámbitos citados, debemos mencionar los datos recientemente publicados en sendos estudios sobre el uso de las TIC en las relaciones Administración/ciudadano (e-España, 2002 y Ciberp@ís) a través de internet, de los que cabe destacar la presencia en este medio de más del 90% de los municipios de las provincias de A Coruña, Guipúzcoa, Albacete, Córdoba, Sevilla, Castellón y Barcelona, mientras que en el polo opuesto de la horquilla se sitúan provincias como Salamanca, Segovia, Soria, Teruel, Huesca y Guadalajara, todas ellas con una presencia en la red inferior al 5% del total de sus municipios.

Por último, siguiendo con los datos mostrados en el estudio "Radiografía de las webs municipales" (Ciberp@ís, 26.06.2003), en relación con el análisis de la tercera de las perspectivas apuntadas al inicio del presente epígrafe, es importante poner de manifiesto que de las setenta y ocho webs analizadas, un 28,2% no ofrece la posibilidad de realizar ningún trámite por internet, y el 29,5% lo ofrece en un número inferior a cinco, mientras que únicamente el 23,1% proporciona las herramientas para la tramitación *on-line* de más de quince asuntos, la mayoría de los cuales sólo proporcionan un medio de transmisión telemática de la solicitud.

Aun cuando pueda parecer que se están alcanzando mayores niveles de interactividad *on-line*, es preciso matizar que en muy pocos trámites se facilita una herramienta de seguimiento del estado de la tramitación, con lo que la gestión electrónica es más aparente que real, si atendemos a la configuración que del procedimiento administrativo electrónico hemos desarrollado en este mismo capítulo.

La implantación de un verdadero procedimiento administrativo electrónico requiere no sólo unas elevadas inversiones en equipamiento y desarrollo de *software*, sino también un ejercicio de rediseño de la gestión administrativa en su globalidad, integrando sistemas y herramientas de tal manera que se consiga la agilización y transparencia de los procedimientos.

Es evidente que, a la luz de los datos reseñados, el subsistema local se caracteriza por su gran heterogeneidad, y por lo tanto nos encontramos con realidades muy diferentes que hacen muy difícil una valoración general del estado del arte en la tramitación electrónica, por lo que sólo cabe extraer una conclusión: se avanza, pero muy lentamente, y posiblemente no siempre en la dirección adecuada.

4. La protección de datos de carácter personal y las administraciones locales

4.1. Evolución normativa y jurisprudencial

El punto de partida en la consideración jurídica de la protección de datos de carácter personal lo constituye la Constitución de 1978, y concretamente el artículo 18, que, entre otras, formula las siguientes prescripciones:

"1. Se garantiza el derecho [...] a la intimidad personal y familiar [...].

"4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar [...] la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos."

Catorce años más tarde se da cumplimiento al mandato de los constituyentes y se promulga la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD). Con esta ley se produce una ampliación de garantías, puesto que, en rigor, su objeto no es sólo la protección de la intimidad, sino la *privacidad*, entendida como un conjunto de facetas de la personalidad más amplias que las íntimas (Exposición de motivos, I).[28] Con

28. La Exposición de motivos (I, segundo párrafo) dice así: "El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad. Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo–, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a

todo, el artículo 1 ceñía su objeto al mandato constitucional:

"La presente Ley Orgánica, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos."

Poco tiempo después es aprobada la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de julio de 1995, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la circulación de estos datos*. Esta directiva contiene algunas diferencias respecto a la LORTAD/1992,[29] lo que determinará la ineludible adecuación de esta ley.

A mediados de 1999, es aprobado por el Consejo de Ministros el proyecto de ley de modificación de la LORTAD, que afectaba a un número determinado de artículos, precisamente para adecuarlos a la Directiva 95/46/CE antes citada. En el curso de la tramitación parlamentaria, sin embargo, el objeto de la modificación se amplía y el resultado será una ley íntegramente nueva, la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD).

Entre las modificaciones substanciales que introduce cabe destacar la ampliación de su objeto: incluye cualquier "tratamiento de datos personales" (no sólo los automatizados, también los que no lo sean), y la garantía y protección se extienden también a "las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas" (LOPD/1999, 1).[30]

En marzo de 2000, el Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra determinados incisos de los artículos 21.1 ("Comunicación de datos entre administraciones públicas") y 24.1 y 2 ("Otras excepciones a los derechos de los afectados") de la LOPD/1999, recurso que fue estimado por el Tribunal Constitucional (TC) mediante la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre. Más adelante trataremos el tema de la cesión o comunicación de datos entre administraciones. Ahora interesa dejar constancia de que con dicha sentencia se produce la *constitucionalización* de lo que, con términos sinónimos, se denomina "derecho a la autodeterminación informática", "libertad informática", "*habeas data*" o "derecho fundamental a la protección de datos" de la persona física. El contenido de dicho derecho fundamental puede resumirse así (STC 292/2000, fundamentos jurídicos 5, 6 y 7):

–Derecho a saber y a ser informados sobre el destino y uso de los datos personales recogidos.

–Poder de disposición y control sobre los datos personales propios, susceptible de ejercerse frente a otros (privados o poderes públicos).

Tras esta apretada síntesis sobre la evolución normativa y jurisprudencial, vemos cómo hay un sucesivo desplazamiento o ampliación del objeto protegido: de la intimidad se pasa a la privacidad, y de ésta a la autodeterminación informativa de la persona física.

4.2. El sistema de protección de datos de carácter personal

4.2.1. Conceptos básicos

Uno de los factores que ayuda a explicar el porqué de las dificultades en la aplicación de la legislación y las medidas de protección de datos es, sin duda, el de su complejidad. Complejidad que deriva del hecho de aunar elementos técnico-informáticos y una configuración jurídica con un alto nivel de abstracción.[31]

Para paliar los efectos de tales dificultades, la propia LOPD/1999 (artículo 3) ofrece las siguientes definiciones:

"a) Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

b) Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

c) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, la grabación, la conservación, la elaboración, la modificación, el bloqueo y la cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo." La Exposición de motivos de la LORTAD/1992 tenía párrafos que, como el transcrito, ilustraban certeramente sobre el objeto y las consecuencias de la ley.

29. Así, por ejemplo, la figura del *encargado de tratamiento* [artículo 2.e) de la directiva], no contemplada en la ley.

30. Las valoraciones sobre esta nueva ley han sido diversas: es bastante crítico Davara (2000), y lo es menos Vizcaíno (2001). En cualquier caso, si ya la LORTAD/1992 era considerada una de las leyes más protectoras de todas las de la Unión Europea (Fernández López, 2000), la LOPD/1999 ha acentuado este carácter. Otros aspectos, como la falta de una exposición de motivos o algunas imprecisiones que son fuente de dudas interpretativas, suponen sendas deficiencias de la ley.

31. En el seno de las organizaciones (hablamos de las públicas, que son las que conocemos) se produce por ello una situación un tanto paradójica: los técnicos informáticos no acaban de entender el sistema de protección de la LOPD, lo que atribuyen a su complejidad jurídica, y a los juristas y responsables administrativos les resulta difícil comprender las implicaciones de conceptos y locuciones como *ficheros* o *tratamientos automatizados de datos*, o la diferencia entre *bloqueo y cancelación* de datos (LOPD, artículo 3), atendido que para ello se requieren conocimientos informáticos. Afortunadamente, se están ya superando las iniciales actitudes de rechazo mutuo (una especie de *conflicto negativo de competencias*), y ya es norma el análisis y la actuación conjuntos, así como la consideración de que la protección de datos personales es una cuestión que concierne a todos.

d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

e) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.

f) Procedimiento de disociación: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

g) Encargado del tratamiento: 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.

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.

i) Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.

j) 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."

No obstante el hecho de que la LOPD/1999 sea el resultado último de la modificación (derogación finalmente) de la LORTAD/1992 para adecuarla a la Directiva 95/46/CE, lo cierto es que la adaptación presenta deficiencias. De entre ellas destacan las siguientes:

–El olvido en la LOPD/1999 del concepto de *tercero*, que en la directiva es definido como "persona diferente del interesado, del responsable o encargado del tratamiento, o de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable o encargado del tratamiento" [Directiva 95/46/CE, artículo 2.f)]. Dicho olvido tiene repercusiones graves, por ejemplo, a la hora de discernir qué supuestos constituyen *cesión* o *comunicación de datos* (muy limitadas en la LOPD) en el seno de las administraciones públicas.

–Imprecisión en la definición de *responsable* del fichero o del tratamiento, que la LOPD/1999 refiere también a *órgano* [3.d)], mientras que la Directiva 95/46/CE lo remite al término más amplio de organismo [2.d)].

–Introducción de la definición de *cesión o comunicación de datos*, que no se recoge en la directiva y que, en cambio, la LOPD/1999 incluye como sinónimos.

4.2.2. Principios generales

Todo el sistema de protección de datos de carácter personal se asienta sobre una serie de principios, medidas y exigencias, cuya articulación en la LOPD/1999 responde a la finalidad garantista ya señalada y que es propia de toda ley orgánica reguladora de derechos fundamentales. Sucintamente enunciados, los principios generales del sistema y sus aspectos esenciales son los siguientes:

a) Principio de calidad de los datos (LOPD, 4), en cuya virtud los datos personales:

–Sólo se podrán recoger y tratar 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.

–No podrán usarse para finalidades incompatibles.

–Deberán ser objeto de actualización y almacenamiento de forma que permita el ejercicio del derecho de acceso por su titular.

–Serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

b) Derecho de información en la recogida de datos (LOPD, 5), del que se derivan las obligaciones siguientes:

–Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal y del resto de las previsiones y con las garantías fijadas en la LOPD.

–Cuando los datos no hayan sido recabados del interesado, éste será informado en el plazo de los tres meses siguientes al registro.

c) Consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de datos que le será requerido, salvo que la ley disponga otra cosa, y que podrá ser revocado (LOPD, 6).[32]

32. De conformidad con el número 2 del artículo 6 de la LOPD:

"No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente ley *(diagnóstico médico y prestación sanitaria)*, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado."

Y para estos casos añade: "[...] y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal" (número 4, artículo 6, de la LOPD).

d) Consentimiento expreso y otras previsiones más garantistas en relación con datos especialmente protegidos (ideología, religión, creencias y afiliación sindical), sensibles (salud, origen racial o étnico y vida sexual) y relativos a la comisión de infracciones penales y administrativas (sólo susceptibles de incluir en ficheros de las AP competentes) (LOPD, 7 y 8).

e) Obligación para el responsable del fichero y el encargado del tratamiento de adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal (LOPD, 9 y Reglamento aprobado por el Real decreto 994/1999).

f) Deber de secreto del responsable del fichero y de quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales (LOPD, 10).

g) Consentimiento previo e informado del interesado como requisito de la comunicación de sus datos personales a un tercero, para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, susceptible de ser revocado y que no será preciso sólo en los supuestos previstos legalmente (LOPD, 11).[33]

h) Derechos de las personas en relación con sus datos personales que son objeto de tratamiento:

–No ser objeto de una valoración que se base únicamente en un tratamiento de datos, y derecho a impugnarla (LOPD, 13).

–Derecho de consulta al Registro General de Protección de Datos sobre la existencia de tratamientos, sus finalidades y la identidad del responsable del mismo (LOPD, 14).

–Derecho del interesado a solicitar y obtener información del responsable del tratamiento sobre el origen y las comunicaciones de sus datos personales (LOPD, 15).

–Derecho del interesado a que sus datos sean rectificados o cancelados cuando resulten incorrectos o incompletos, o su tratamiento no se ajuste a la LOPD (16).

–No se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de tales derechos (LOPD, 17).

i) Tutela de los derechos de las personas a partir de la formulación por los interesados de las reclamaciones ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)[34] u organismo competente de la comunidad autónoma respectiva, y la interposición de recurso contencioso-administrativo contra sus resoluciones (LOPD, 18).

La AEPD es calificada como "ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones" (LOPD, 35.1). Encargada de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos, controlar su aplicación y ejercer las atribuciones y potestades conferidas (dictar instrucciones, efectuar requerimientos, ordenar la cesación de tratamientos, ejercer la potestad sancionadora, entre otras, detalladas en la LOPD, 37), la Agencia Española de Protección de Datos integra el supuesto de las denominadas *administraciones independientes*, "organizaciones administrativas de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del poder ejecutivo" (Magide, 2000: 33).

El régimen de independencia de la AEPD se refleja en una serie de garantías que recoge la LOPD/1999: elaboración y aprobación del anteproyecto de presupuesto (artículo 35.5), configuración del cargo (36) y de las funciones del director (que "no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas", 36.2) y previsión de un Consejo Consultivo, de composición plural (38), entre las más significativas.

La LOPD prevé también que las comunidades autónomas podrán crear sus respectivas autoridades de control, con competencias sobre los ficheros creados o gestionados por la propia comunidad y por la Admi-

33. Tal consentimiento, dice el núm. 2 del artículo 11 de la LOPD, no será preciso:

"a) Cuando la cesión esté 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."

A este respecto, hay que tener en cuenta que no se considera comunicación o cesión de datos personales el acceso que tiene a éstos el encargado del tratamiento (cuya definición transcribimos al principio del apartado 2.1). Se trata del supuesto tan frecuente del *outsourcing* o *externalización* de tareas (gestión de nóminas, envío de correspondencia, etc.). Obviamente, todo ello está legalmente admitido si bien hay que adoptar una serie de garantías (contrato formalizado, medidas de seguridad, no-comunicación o cesión de los datos a un tercero y devolución o destrucción de los datos al finalizar la prestación) (LOPD, 12).

34. La L 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (artículo 79) ha añadido el calificativo de *Española* a la denominación inicial de *Agencia de Protección de Datos* que figuraba en la LOPD/1999, y que ahora ha sido modificada.

nistración local de su ámbito territorial (LOPD, 41 y 42). Hasta la fecha han sido instituidas la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (Ley autonómica 8/2001, de 13 de julio), y la Agència Catalana de Protecció de Dades (Ley autonómica 5/2002, de 19 de abril).

j) Derecho del interesado a ser indemnizado por el daño o lesión sufrido en sus bienes o derechos como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la LOPD por el responsable o el encargado del tratamiento (LOPD, 19).

k) Establecimiento de un régimen sancionador que se configura a partir de:

–La tipificación de infracciones leves, graves o muy graves por el incumplimiento de las obligaciones exigidas a los responsables y encargados de los tratamientos de datos personales (LOPD, 43 y 44).

–En los supuestos de infracciones cometidas por sujetos distintos de las administraciones públicas, la fijación de sanciones en función del carácter leve, grave o muy grave (su escala va desde 601,01 hasta 60.101,21, desde esta última hasta 300.506,05, y desde ésta hasta 601.012,1 euros) (LOPD, 45).

–Si las infracciones son cometidas en ficheros de los que sean responsables las administraciones públicas, las consecuencias son otras: resolución de la AEPD para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción y propuesta de actuaciones disciplinarias (de lo que deberá darse cuenta al director de la AEPD) y comunicación al Defensor del Pueblo (LOPD, 46).

–Determinación de las previsiones sobre prescripción de las infracciones muy graves (a los tres años), graves (a los dos años) y leves (al año), y de las sanciones, con los mismos plazos (LOPD, 47); sobre el procedimiento sancionador (LOPD, 48 y Real decreto 1332/1994, 18) y sobre la potestad de la AEPD de inmovilización de ficheros en supuestos muy graves (LOPD, 49).

4.3. Ficheros y competencias locales

4.3.1. Ficheros públicos locales

a) *Configuración general*.

Los datos personales pueden almacenarse en ficheros de titularidad privada o pública. Centrándonos en éstos, cabe definir el *fichero público* como *todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que sea la forma o modalidad de creación, almacenamiento, organización y acceso, que gestiona una administración pública*.

Regulados en los artículos 20 a 24 de la LOPD/1999, la tipología de ficheros públicos es muy variada, lo que se explica por la diversidad de competencias de las administraciones públicas. Y será precisamente el ámbito de las competencias respectivas lo que determinará si la actuación de una administración determinada es o no legítima.[35]

De conformidad con la LOPD, "la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el *'Boletín Oficial del Estado'* o Diario Oficial correspondiente" (artículo 20.1).

El tema de la naturaleza jurídica de la *disposición general* de creación del fichero plantea bastantes dudas. De entrada, este término, en la acepción usual del Derecho administrativo, se vincula con el reglamento.[36]

Sin embargo, a nuestro entender, concurren diversos argumentos para rechazar la naturaleza reglamentaria del acto de aprobación de ficheros públicos. En síntesis, tales argumentos son los siguientes:

1.º. En rigor, con el fichero no se produce ningún tipo de *normación*, ni su contenido puede constituir la más mínima *innovación de ordenamiento jurídico*, características estas del reglamento como fuente de Derecho. Por el contrario, lo que se produce es una mera declaración formal de los aspectos materiales que definen el contenido del fichero. Es en este sentido que el artículo 20.2 de la LOPD prevé:

"Las disposiciones de creación o modificación de ficheros deberán indicar:

a) La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo.

b) Las personas o los colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos.

c) El procedimiento de recogida de los datos de carácter personal.

d) La estructura básica del fichero y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo.

e) Las cesiones de datos de carácter personal y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros.

f) Los órganos de las administraciones responsables del fichero.

g) Los servicios o unidades ante los que pudiesen ejercitarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

35. La LOPD/1999 utiliza con frecuencia referencias a la legitimidad (por ejemplo, en el artículo 4, sobre *calidad de los datos* y *finalidades legítimas de obtención de los mismos*).

36. La Ley 29/1998, de 13 de julio (reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), utiliza los términos "disposición de carácter general" (artículos 25.1 y 26.1) y "disposición general" (artículos 26.2, 27 y 29.1). La Ley 30/1992 emplea los de "disposiciones administrativas" (artículos 51 y 52.1) y "disposición de carácter general" (artículo 52.2). A su vez, la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre (de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad) también habla de "disposiciones administrativas de carácter general" (artículos 61 a 67). En todos estos textos se identifican con el reglamento.

En cambio, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, usa profusamente la expresión "reglamentos" (artículos 23 y 24).

h) Las medidas de seguridad con indicación del nivel básico, medio o alto exigible."

Se trata de simples apuntes o referencias a los aspectos señalados, cuya regulación está específicamente detallada en la ley y sin que, mediante el acto de *creación* o aprobación del fichero, se pueda ir más allá de los límites prescritos por la LOPD.

Como tantos otros actos de las administraciones públicas, se consigna una declaración de voluntad, una decisión (recoger o tratar datos personales), y se hace pública mediante su inserción en un diario oficial.

2.º. Es también un argumento para negar la naturaleza reglamentaria la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000. Dicha sentencia declaró inconstitucional un inciso del artículo 21 (sobre "Comunicación de datos entre administraciones públicas"), concretamente el que la admitía "cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación o por disposición de superior rango que regule su uso". Y lo anula porque, como se precisa en los fundamentos jurídicos 14 y 15, posibilitaba que mediante reglamento (norma de superior rango a la disposición de creación del fichero) se autorizaran cesiones; y éstas, sin que medie consentimiento, dice la sentencia, sólo pueden autorizarse por ley. Luego si la sentencia proscribe tanto la disposición de creación del fichero como la de (su inmediato) rango superior, esto es, la reglamentaria, queda claro que dicha disposición de creación del fichero se sitúa en un rango inferior al del reglamento.

3.º. Entre la doctrina administrativista, Heredero es categórico: "[...] la disposición de creación no es una 'disposición general de desarrollo de la ley', sino un acto de aplicación" (1996: 152); y, más adelante, concluye: "[...] la disposición creadora del fichero no es un reglamento, sino un acto administrativo con pluralidad indeterminada de destinatarios" (1996: 153).[37] En el ámbito local, se adscriben igualmente a la posición que defendemos, Chacón y Cortés (2002: 767).[38]

4.º. Finalmente, la tesis de la naturaleza no reglamentaria del acto de aprobación de ficheros públicos puede argumentarse a partir de la identidad material entre éstos y los de titularidad privada. Esta no-diferencia entre unos y otros nace ya de la Directiva 95/46/CE, que no establece distinción alguna entre personas privadas y públicas, sino la obligación del responsable del tratamiento de efectuar una notificación a la autoridad de control con anterioridad a la realización de tratamientos (artículo 18.1 de la directiva). Como tampoco lo hace en relación con el contenido de la notificación (artículo 19 de la directiva), que, por tanto, es común.

La regulación separada en el título IV de la LOPD/1999 de los ficheros de titularidad pública (capítulo I, artículos 20 a 24) y privada (capítulo II, artículos 25 a 32) es una peculiaridad de la legislación española, que ya se inició con la LORTAD/1992 (título IV, capítulo primero, artículos 18 a 22, para los públicos, y capítulo II, artículos 23 a 31, para los privados), pero que bien pudiera no haberse producido.[39]

La reglamentaria es una potestad y, por ello, una prerrogativa del poder público, y sus manifestaciones (las normas jurídicas), ni formal ni materialmente podrían coincidir con la actividad de una persona jurídica privada.[40]

En conclusión, por tanto, la disposición de creación, modificación o supresión de un fichero público tiene la naturaleza de acto administrativo general que, en razón de ser su destinatario una pluralidad indeterminada de personas, debe publicarse en el diario oficial correspondiente a la Administración que es titular del mismo [LOPD/1999, 20.1, y Ley 30/1992, 59.6.a) y 60.1].[41]

b) Aplicación al ámbito local.

Con referencia al ámbito local podemos fijar las siguientes especificaciones:

37. Es cierto que el comentario de Heredero se refiere al artículo 18 de la LORTAD/1992, pero éste es uno de los preceptos que mantuvo su redacción en la LOPD/1999; de ahí que sea igualmente aplicable al artículo 20 de esta ley.

38. Estos autores señalan la competencia del alcalde para la aprobación de los ficheros municipales, de lo que desprende que no les confieren naturaleza de reglamento [cuya aprobación corresponde al Pleno, Ley 7/1985, artículo 22.2.d)]. También Villaverde (2003b: 75) admite que la creación del fichero se realice mediante decreto del alcalde.

Entre los que atribuyen naturaleza reglamentaria a la disposición de creación del fichero hay que citar a González Pérez y González Navarro (1999: 1043) y Herrán (2002: 265-266).

39. O que desaparezca en una futura ley que sustituya a la LOPD/1999.

Entre las opiniones críticas con la diferenciación entre ambos tipos de ficheros se encuentra Alonso (1997: 145), que es citada por Herrán (2002: 264-265).

40. Piénsese, por otro lado, que la exigencia de reglamento para crear un fichero público plantearía graves dificultades a todas aquellas entidades públicas distintas de las que tienen reconocida la potestad reglamentaria, esto es, las territoriales: la general del Estado (Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del *Gobierno*, artículos 23 a 25), las autonómicas (así, por ejemplo, la Generalidad de Cataluña, Ley catalana 13/1989, artículos 61 a 67), y la municipal, la provincial y la insular [Ley 7/1985, artículo 4.1.a) y 49]; y aquellas otras que la tienen atribuida con carácter limitado: el Consejo General del Poder Judicial (que "podrá dictar Reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre la función pública", artículo 110.1 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial); y las denominadas *administraciones independientes*, con potestad restringida a sus ámbitos específicos (*circulares* del Banco de España, *disposiciones* de la Comisión Nacional del Mercado de Valores e *instrucciones* de la Agencia de Protección de Datos, entre las más importantes; véase Magine, 2000: 426-450).

Pero la limitación en razón de su especialidad en estos casos, o la no-previsión legal en otros (así, por ejemplo, las universidades públicas), plantean problemas irresolubles si se mantiene la naturaleza reglamentaria de la disposición de creación del fichero.

Sobre la potestad reglamentaria y su remisión a las administraciones territoriales, véase García de Enterría, E. y Fernández, T. R., 2002: 188-189; Morell, 1998: 106-114; y Cobo, 2002: 330.

41. Sobre los actos administrativos generales o que tengan por destinatarios una pluralidad intdeterminada de sujetos, véase García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2002: 548 y 572), y respecto de su diferencia con los reglamentos, los mismos autores (2002: 187-188).

En los ayuntamientos, el acto de aprobación del fichero corresponderá al alcalde, en aplicación de la cláusula residual de competencia [asignación al municipio y no-atribución a otros órganos municipales, artículo 21.1.s) de la Ley 7/1985]; y en las diputaciones, al presidente, en aplicación de la regla análoga [artículo 34.1.o) de la Ley 7/1985].

La publicación de la creación, modificación o supresión del fichero deberá realizarse en el *Boletín Oficial de la Provincia* –BOP– (Ley 5/2002, de 4 de marzo, reguladora de los boletines oficiales de las provincias).

En relación con las indicaciones del fichero cabe señalar las siguientes opciones sobre:

–La *finalidad*, en el sentido que la definición sea adecuada, ni muy genérica, ni demasiado específica, puesto que determina y condiciona el uso posterior.

–La *estructura básica del fichero*, en el de que la descripción no emplee excesivos tecnicismos dado que su objeto es informar a los interesados.

–Los *tipos de datos*, con la sugerencia de que su referencia se agrupe por categorías (por ejemplo, de carácter identificativo, económico-financiero o de salud).

–Las *cesiones*, que deberán circunscribirse a aquellas que se prevean específicamente.

–El *responsable del fichero*, al respecto del cual proponemos que lo sea el alcalde (municipio) o el presidente (provincia), atribuida su condición de representante legal respectivo [Ley 7/1985, artículos 21.1.b) y 34.1.b)].[42]

–El *servicio o unidad ante los cuales pueden ejercerse los derechos*, sobre lo que consideramos conveniente una remisión al registro general de la entidad (Ley 30/1992, artículos 38.1 y 3).

4.3.2. Competencias locales

Ya en la introducción hemos anticipado como factor relevante la atribución de capacidad y competencias generales a los municipios, lo que tiene como consecuencia práctica que ningún sector quede fuera de su ámbito de responsabilidad.

Efectivamente, la atribución de competencias a los municipios está regulada, esencialmente, en dos grupos normativos:

–El de la legislación general local, constituido por la Ley 7/1985 (artículos 1, 2, 25 a 28) y, en su caso, por la legislación autonómica (por ejemplo, en Cataluña, el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, artículos 9, 66 a 71 –TRLCat/2003–).

–El de la legislación sectorial aplicable a los diferentes ámbitos y materias.

Las diferentes previsiones que se contienen en estos grupos normativos sirven, a la vez, para garantizar la presencia de las autoridades municipales en el proceso de toma de decisiones y para fijar sus obligaciones y responsabilidades.

Sin que, obviamente, podamos detenernos en una especificación detallada de las competencias locales, sí interesa poner énfasis en su amplitud. Y así, por ceñirnos a la legislación general básica, hay que recordar que a los municipios (Ley 7/1985):

–Se les garantizan *competencias propias* en una larga lista de sectores y materias: desde la protección civil y la gestión urbanística, a la defensa de usuarios y consumidores, y pasando, entre otros muchos sectores, por las actividades culturales y la prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social [Ley 7/1985, artículo 25.2, letras de la a) a la n)].

–Se les reconoce que puedan realizar *actividades complementarias* de las propias administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, cultura, promoción de la mujer, vivienda, sanidad y protección del medio ambiente (Ley 7/1985, artículo 28).

Las obligaciones fijadas en tales previsiones son precisadas por la legislación sectorial (sobre urbanismo y vivienda, medio ambiente, sanidad, etc.), o incluso pueden ser ampliadas a otros sectores por la legislación autonómica general (tal es el caso del ya citado TRLCat/2003, que, en su artículo 66.2, reconoce competencia a los entes locales en nuevos ámbitos, tales como la *cohesión social*, las *infraestructuras de movilidad* y la *tecnología de la información y la comunicación*).

Y si, llegado el caso, quedara algún sector o parcela de la realidad social o económica no comprendida en los supuestos anteriores, es cuando entran en juego las previsiones sobre la *plena capacidad jurídica de las entidades locales* (Ley 7/1985, artículo 5) y que "el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal" (Ley 7/1985, artículo 25.1).

42. Como señala Vizcaíno (2001: 79), se trata de una identificación desde el punto de vista jurídico y no meramente técnico, de quien –citando a Davara– "tiene la capacidad de tomar decisiones sobre el objeto, utilización y fin del tratamiento o sobre el uso que se va a dar a los datos de carácter personal resultante del tratamiento o, en su caso, si van o no a ser cedidos" (la cita es de DAVARA, Miguel Ángel, *Guía práctica de protección de datos*. ASNEF. 1999, en Vizcaíno, 2001: 79).

Atribuir la figura del responsable a delegados del alcalde o del presidente de la Diputación conlleva el problema de tener que modificar el fichero cuando se revoque la delegación o cambien las personas que las ostentan.

La identificación formal de la primera autoridad de la corporación local con la figura legal del responsable del fichero o tratamiento no excluye que se adopten otras medidas encaminadas a asegurar, materialmente, el conocimiento y la observancia de la LOPD en la organización. Así, en la Diputación de Barcelona se ha instituido la figura del *responsable de gestión*, que es el jefe de la unidad (normalmente, un servicio) que gestiona el fichero.

La amplitud, e incluso la *extensibilidad*, de las obligaciones y responsabilidades municipales tienen una consecuencia incuestionable: califican como legítima la actuación del ayuntamiento que se desarrolle en los sectores o ámbitos en los que la legislación les atribuye competencia. Por otra parte, no hay que olvidar que las actuaciones municipales, en numerosas ocasiones, responden a demandas ciudadanas más o menos intensas, pero efectivas, de suerte que la *presión de la ciudadanía* actúa como mecanismo de fijación de las políticas públicas, lo que las legitima.

Y es en este punto donde engarzamos la problemática de la protección de datos personales y la legitimidad de todas las actuaciones municipales que se acometan en el marco de competencias reconocido por la legislación. Los puntos de fricción son frecuentes porque son muchos y variados los ámbitos y sectores en que se llevan a cabo dichas actuaciones municipales, que en la casi totalidad de supuestos tratan datos personales de esa ciudadanía a quien van destinadas.

La descripción de la problemática local quedaría incompleta si no pusiéramos de manifiesto cómo las ya señaladas características de amplitud y extensibilidad de la capacidad municipal tienen, además, unos efectos expansivos: definen también el ámbito de actuación de las diputaciones provinciales (y, en su caso, de los cabildos y los *consells insulars* y aquellas otras entidades previstas en la legislación autonómica),[43] que encuentran así la manera de cumplir las funciones asignadas legalmente de asistencia y cooperación con los ayuntamientos (Ley 7/1985, artículos 31 y 36, sobre competencias de las diputaciones), lo que, igualmente, también legitima sus actuaciones.

4.4. Protección de datos de carácter personal y políticas públicas locales

Es obvio que, en nuestros días, cualquier actuación de cierta complejidad o duración que tenga que ver con personas en un número superior a las dos o tres decenas va a comportar, indefectiblemente, el uso de una herramienta de informática de gestión, desde el fichero más simple hasta la base de datos más sofisticada. Y en tal caso nos hallaremos ya bajo la aplicación de la legislación de protección de datos personales.

Si esta constatación evidente la vinculamos con las reflexiones sobre las competencias locales realizadas en el apartado anterior, y todo ello lo ponemos en relación con la multiplicidad de entidades que integran el subsistema local,[44] es fácil deducir que el número de ficheros públicos locales será elevadísimo: varias decenas de miles.[45] Desde la perspectiva de la gestión de las políticas públicas en este subsistema habrá que atender, como es lógico, a los requerimientos derivados de la legislación sobre protección de datos de carácter personal. A continuación analizaremos algunos de los aspectos que pueden presentar cierta complejidad o incluso situaciones problemáticas.

4.4.1. Observancia de las obligaciones formales establecidas

En primer lugar, dada la frecuencia con la que los diferentes servicios municipales recogen y tratan datos personales, deberán observarse previamente la serie de *obligaciones formales* establecidas. Entre las más significativas cabe destacar:

–En cualquier caso, proporcionar a los interesados la información definida y del modo establecido legalmente ("expreso, preciso e inequívoco" y referida dicha información a la existencia del fichero, a los derechos que les corresponden y al resto de los extremos detallados en la LOPD, artículo 5.1).

–Si se trata de datos especialmente protegidos (ideología, religión y los demás señalados en la LOPD, artículo 7), habrá que recabar el consentimiento expreso del afectado.

–Este consentimiento no será preciso si, tratándose de datos no especialmente protegidos, se recogen para el ejercicio de funciones propias del municipio en el ámbito de sus competencias (LOPD, artículo 6.2, primer inciso).

–Proceder a la tramitación y aprobación de la disposición general de creación del fichero y publicación en el BOP (LOPD, artículo 20).

–Cursar la notificación a la AEPD de la creación del fichero para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos (LOPD, artículo 39; Real decreto 428/1993, artículo 24, y Real decreto 1332/1994, artículo 5).[46]

43. Tal sería el caso de las comarcas en Cataluña (TRLCat/2003, artículos 84 a 86).

44. Como se recordará, los datos sobre esta multiplicidad los hemos ofrecido en el apartado I.2, letra c).

45. Desde el punto de vista material, y con carácter meramente indicativo, encontraremos ficheros sobre: *padrón municipal de habitantes*; *registro de documentos* (entrada y salida); *recursos humanos* (agregadas o no sus diferentes explotaciones: nómina, selección de personal, provisión de puestos de trabajo, control de incompatibilidades, salud laboral, formación, acción social, actividad sindical, entre otras); *contratación* (proveedores, registros de licitadores y de contratistas); *usuarios de servicios públicos* (abastecimiento de agua potable, instalaciones deportivas, servicios sociales, juventud, servicios funerarios, mercados municipales, bibliotecas, actividades culturales, transporte colectivo urbano, promoción y gestión de viviendas, defensa de usuarios y consumidores, educación, sanidad, entre las más importantes); *participación y atención a la ciudadanía*; *registro de asociaciones*; *subvenciones, premios y becas*; *policía local* (infracciones de tráfico, grúa municipal, etc.), y *tributos y otros ingresos públicos* (desagregados o no en razón de los diferentes tipos de impuestos, tasas, contribuciones especiales, precios públicos y multas).

En datos referidos al año 2000, de los 31.057 ficheros públicos, 23.521 (el 75,7 %) correspondían al ámbito local (Paricio, 2002: 6).

En 2001, de los 31.805 ficheros públicos, 23.757 (el 74,65%) eran locales (Agencia Española de Protección de Datos, 2002: 29).

En 2002, de los 35.894 ficheros públicos, 24.121 (el 67,2%) eran locales (Agencia Española de Protección de Datos, 2003: 86)

46. Además, deberá notificarse, en el caso de que se hayan constituido, a la agencia autonómica respectiva, como sucede en la Comunidad de

En los supuestos de modificación y supresión de ficheros, deberán seguirse las mismas formalidades observadas para su creación, y en estos últimos, además, se establecerá el destino de los ficheros o, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción.

4.4.2. Cumplimiento de las medidas de seguridad

Un segundo aspecto, menos conocido pero de gran trascendencia en la práctica, es el referido a la adopción y cumplimiento de las *medidas de seguridad* a que resultan obligados el responsable del fichero y, en su caso, el encargado del tratamiento. Esta obligación, prescrita en los artículos 9 y 44.3 h) de la LOPD/1999, ya venía recogida en la LORTAD/1992 [artículos 9 y 43.3.h)], y en desarrollo de la cual se dictó el Real decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal (RMS/1999). Declarado expresamente en vigor el RMS/1999 en todo lo que no se opusiera a la nueva ley (LOPD/1999, disposición transitoria tercera),[47] dicho reglamento tiene por objeto:

"[...] establecer las medidas de índole técnica y organizativas necesarias para garantizar la seguridad que deben reunir los ficheros automatizados, los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas, programas y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal."

Sobre la aplicación de estas medidas de seguridad, y poniendo el acento en el ámbito local, podemos destacar, en síntesis, los aspectos siguientes:[48]

a) Se trata de un asunto que tiene una dimensión doble: formal, en la medida que requiere la adopción de decisiones o la confección de documentos que deben plasmarse fehacientemente (así, por ejemplo, la elaboración e implantación del *documento de seguridad*, LOPD, artículo 8); y material, toda vez que exige la aplicación de medidas organizativas y físicas en el seno de la entidad.

b) El punto de partida lo constituye el tipo de datos contenidos en el fichero y la asignación de niveles de seguridad correlativos que establece el RMS/1999. Y así:

–En cualquier caso, todos los ficheros que contengan *datos personales* deberán adoptar las medidas de seguridad calificadas como de nivel básico (RMS, artículo 4.1).

–Si los datos contenidos se refieren a la *comisión de infracciones administrativas o penales, hacienda pública, servicios financieros o de información sobre solvencia patrimonial y crédito, o permiten obtener una evaluación de la personalidad del individuo*, los ficheros deberán reunir, además de las medidas de nivel básico, las calificadas como de nivel medio (RMS, artículo 4.2 y 4).

–Si los ficheros contienen datos sobre *ideología, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual, así como los que contengan datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas*, sus medidas deberán ser, además de las de nivel básico y medio, las calificadas de nivel alto (RMS, artículo 4.3).[49]

c) En función, pues, del tipo de datos habrá que elaborar e implantar el documento de seguridad según se trate de datos de nivel básico,[50] medio[51] o alto.[52]

Madrid (Ley 8/2001, de 13 de julio) y en la de Cataluña (Ley 5/2002, de 19 de abril).

47. Uno de los extremos que hay que entender modificado es el ámbito subjetivo del RMS, que no se circunscribe al responsable del fichero, sino que alcanza también al *encargado del tratamiento*, figura no contemplada en la LORTAD y sí en la LOPD/1999, y al que incluye, precisamente, en el artículo 9 sobre medidas de seguridad.

48. Entre las aportaciones más completas en relación con la protección de datos de carácter personal y, en particular, las medidas de seguridad hay que destacar la de Sibina Tomàs (1999).

49. La referencia a la *afiliación sindical* como dato que demanda medidas de nivel alto no se contiene, específicamente, en el artículo 4.3 del RMS/1999. Ello no obstante, no ha de caber ninguna duda sobre que es ése el nivel exigido, ya sea porque se trata de una especificación de la *ideología* o las *creencias* (sí detalladas en el citado artículo), ya porque la *afiliación sindical* se califica como dato especialmente protegido en la LOPD, artículo 7.2. En el mismo sentido, Vizcaíno (2001:147-150), que, además, ofrece la explicación del porqué el RMS/1999 no la incluye en la relación: este reglamento, anterior en unos meses a la LOPD, sigue la enumeración que efectuaba la LORTAD/1992, que tampoco mencionaba, expresamente, la afiliación sindical como dato especialmente protegido en su artículo 7.

50. El documento de seguridad deberá contener, como mínimo, los siguientes aspectos de carácter básico (RMS, artículo 8.2):

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.

51. Cuando los datos sean de nivel medio, el documento de seguridad, además de los señalados en la nota anterior, deberá contener:

a') Identificación del responsable o responsables de seguridad, con la función de coordinar y controlar las medidas de seguridad definidas (RMS, artículos 15 y 2.11).

b') Procedimientos de verificación del cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas en el documento, tales como auditorías y otros controles periódicos (RMS, artículos 15 y 17).

c') Procedimientos y protocolos a seguir en relación con la gestión de soportes informáticos que contengan datos de carácter personal, su entrada y salida, su reutilización o destrucción (RMS, artículos 15 y 20).

d') Mecanismos y controles relativos a la autorización de personas para los accesos a los sistemas de información en los cuales se traten datos de carácter personal (RMS, artículo 18), y a los locales en que éstos se encuentran (RMS, artículo 19).

52. Cuando los datos sean de nivel alto, además de las medidas de nivel básico y medio descritas en el documento de seguridad, se adoptarán otras medidas sobre:

a'') Distribución de soportes y telecomunicaciones mediante el cifrado de datos u otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible ni manipulable durante su transporte (RMS, artículo 23) o transmisión telemática (RMS, artículo 26).

d) El reglamento, pues, prescribe la obligación formal relativa al *documento de seguridad*: "[...] el responsable del fichero elaborará e implantará la normativa de seguridad mediante un documento de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los datos automatizados de carácter personal y los sistemas de información" (RMS, artículo 8.1).

En el plano práctico, sin embargo, surgen dudas sobre la manera más conveniente de proceder: disponer de un solo documento de seguridad; de tantos como niveles de protección de los datos sean exigibles en función de las medidas de seguridad (niveles básico, medio y alto); o, en fin, de tantos documentos como ficheros se hayan creado, ya sean individualizados o agrupados.[53] Se trata de una decisión que ha de ponderar las ventajas y los inconvenientes, y responder también a la exigencia de que el documento de seguridad "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" (RMS, artículo 8.3).

En cualquier caso, tratándose de una administración pública y para garantizar su validez y eficacia, el documento de seguridad deberá ser aprobado "por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido" (Ley 30/1992, artículo 53.1), lo que en el ámbito de la Administración local nos lleva a considerar que:

–Su aprobación corresponderá al alcalde del ayuntamiento [Ley 7/1985, artículo 21.1.s)] o al presidente de la Diputación [Ley 7/1985, 34.1.o)], en aplicación de la cláusula residual de competencia.

–A diferencia de la disposición sobre creación, modificación o supresión de ficheros, el documento de seguridad no necesita ser publicado en un diario oficial, ni notificado a la Agencia Española de Protección de Datos.[54]

–Finalmente, las previsiones de ese documento pueden ser complementadas con otras actuaciones de la entidad local, con grados diversos de formalización administrativa.[55]

e) Para cerrar el tema de la seguridad queremos insistir en que, además de la dimensión formal del documento, su aplicación conlleva una serie de medidas organizativas, que afectan al personal y al funcionamiento de la entidad, y también de orden físico y logístico (sobre locales, accesos, mobiliario, etc.). La efectiva implantación de tales medidas puede resultar más difícil de lo que, en principio, pudiera parecer, y, desde luego, suele tener un coste económico considerable.[56]

En cualquier caso, y como ya enfatizara Sibina (1999: 43 y 47), con remisión expresa a la STC 290/2000, de 30 de noviembre, la exigencia de tales medidas de seguridad podrá producir, en un primer momento, perplejidad, pero debe tomarse conciencia de que el sistema de protección de datos de carácter personal tiene un "carácter básicamente preventivo", y el legislador, al dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 18.4 de la CE, "no ha querido [...] que la protección de datos personales frente al uso de la informática se lleve a cabo exclusivamente en la vía judicial, esto es, cuando ya se ha producido una lesión del derecho fundamental", y de ahí "este carácter tuitivo o preventivo" (los párrafos entrecomillados se contienen en el fundamento jurídico 9, de la STC 290/2000, de 30 de noviembre, al hilo de la justificación de la atribución de funciones y potestades a la Agencia Española de Protección de Datos).

4.4.3. Cesión y comunicación de datos en el ámbito de las administraciones públicas

El tema de la cesión y comunicación de datos de carácter personal es uno de los más complejos y controvertidos en la materia que estamos analizando. Trataremos por ello de sistematizar la explicación y fijar los principios o criterios generales aplicables.

a) Identificación y regulación.

b") Registro de accesos, que, como mínimo, guardarán la siguiente información: identificación del usuario, fecha y hora en que se realizó, fichero accedido, tipo de acceso, autorización o no del acceso y registro accedido; en relación con esta información se elaborará un informe mensual por el responsable de seguridad (RMS, artículo 24).

c") Copias de respaldo y recuperación, su conservación en lugar diferente de aquel en que se encuentran los equipos informáticos y con sus propias medidas de seguridad (RMS, artículo 25).

53. En la Diputación de Barcelona, sobre la base de que en el documento de seguridad se incluyen dos bloques de información, una general (sobre medidas, procedimientos, etc.), y otra específica del fichero, se ha optado por confeccionar un documento de seguridad por sistema de información que incluya las especificidades propias del sistema, remitiendo los aspectos comunes o generales a todos los niveles de protección a documentos externos o transversales que contemplen las exigencias referidas a cada aspecto concreto.

54. La página web de la APD informa de que no hay obligación de presentar el documento de seguridad en la Agencia, sino tan sólo tenerlo disponible por si les fuera requerido (www.agenciaprotecciondatos.org/consulta12.htm, 25.8.2003).

55. Así, en la Diputación de Barcelona, por citar tres de 16 de mayo 2002, remitido a todo el personal y que incluye un epígrafe expreso sobre la materia); la inclusión de la cláusula sobre el *deber de secreto* en todos los contratos con terceros que traten datos personales y la referencia a ese mismo deber en los nombramientos de personal.

56. Lógicamente, las dificultades y los costes económicos ejemplos de actuaciones, mediante el *Manual del usuario de los sistemas de información* (aprobado por la Comisión de Gobierno en sesión son mayores en proporción directa al nivel de medidas de seguridad exigibles. Ciertamente, en las administraciones locales, los ficheros de nivel básico son numerosos, pero también lo son los de nivel medio (así, los tributarios o los que permitan una evaluación de la personalidad, como es el caso de los relativos al personal o sobre fomento del empleo). Finalmente, son bastante frecuentes en las entidades locales, y exigirán medidas de seguridad de nivel alto, ficheros como los de nóminas (por recoger el dato sobre el descuento de la cuota sindical o el de minusvalías para el cálculo de retenciones del IRPF de los empleados) y los que incluyan datos sobre la salud (del personal, sanidad, bienestar social, etcétera).

Pese a que *comunicación* y *cesión* de datos son términos susceptibles de ser diferenciados, lo cierto es que la LOPD/1999 los emplea como sinónimos para definir "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado" [artículo 3.i)].[57]

Sobre la base de esta definición tan amplia es evidente que la cesión o comunicación de datos en el ámbito de las administraciones públicas plantearán un cúmulo de cuestiones. Y ello, de un lado, por la propia configuración en clave de concurrencia de la mayoría de las competencias de las mismas, y, de otro, por el número tan elevado de entidades públicas en presencia.[58]

Se sigue de ello que tales entidades, para llevar a cabo sus cometidos, y como es lógico suponer, forzosamente han de entrar en contacto, hasta el punto de que puede afirmarse que *las relaciones interadministrativas o intergubernamentales* constituyen una cuestión crucial en un sistema político-administrativo tan complejo como el español.[59]

Con tales antecedentes no es de extrañar que los problemas sobre cesión o comunicación de datos de carácter personal se planteen en tres órdenes con características diferentes:

–Entre las administraciones públicas autónomas, esto es, la central, las autonómicas y las locales (municipios, provincias e islas).

–Entre las administraciones públicas matriz y sus personificaciones instrumentales (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y el resto de las "vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas", por emplear los términos del artículo 2.2 de la Ley 30/1992).

–Y entre los órganos de una misma administración pública.

En relación, pues, con la cesión y comunicación de datos en el ámbito de las administraciones públicas, serán de aplicación las previsiones de la LOPD siguientes:

–Artículo 6.2, sobre excepciones a la necesidad del consentimiento en la recogida de datos, con especial referencia al supuesto del "ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias".[60]

–Artículo 7, sobre datos especialmente protegidos.[61]

–Artículo 11.2, sobre excepciones a la necesidad del consentimiento en la comunicación de datos.[62]

–Artículo 21, sobre comunicación de datos entre administraciones públicas.[63]

57. Aparicio (2000: 117-124 y 218-220) trata profusamente este tema y pone de manifiesto cómo en el borrador de modificación de la LORTAD se distinguía la simple *comunicación* como "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado" (*op. cit.*: 122), de la *cesión*, "que se reservaría semánticamente al supuesto de comunicación de datos en que se otorgara al destinatario el poder de disposición del tratamiento" (*op. cit.*: 123), y de la diferente trascendencia en orden a las infracciones graves y muy graves. En el texto aprobado se equiparan ambas conductas a la que era la definición inicial de comunicación y la infracción será calificada de muy grave en la LOPD, artículo 44.4.b).

58. La tarea de *recuento* del número de entidades públicas no debería descuidarse. Hace años dábamos la cifra de 16.600 actores públicos locales (municipios, provincias, islas, consorcios, etc.), y sin haber podido contar los organismos autónomos y sociedades públicas locales no catalanas (Martínez-Alonso, 1999: 13). Si a ello añadimos las administraciones central y autonómicas, sus personificaciones instrumentales y el resto de las entidades (universidades, autoridades independientes, etc.), no parece que la cifra total pueda ser inferior a 20.000 personas jurídico-públicas.

59. Y de ahí que, en desarrollo del principio de coordinación (CE, artículo 103) y en correspondencia con esa complejidad, se articule un verdadero *modelo de relaciones interadministrativas o intergubernamentales.*

Cronológicamente, la primera formulación del modelo se incluye en la Ley 7/1985 (artículos 10 y 55 y siguientes) y pretende regular las relaciones entre las administraciones locales, de un lado, y las comunidades autónomas y el Estado (sus administraciones respectivas), de otro. La bondad y la funcionalidad del modelo explican que siete años después, la Ley 30/1992 (artículo 4 y siguientes) reproduzca su formulación y la generalice para las relaciones entre todas las administraciones. Sobre las exigencias, efectividad y análisis de dicho modelo nos remitimos a nuestro trabajo (Martínez-Alonso, 1998: 353-361).

60. Tales excepciones se han transcrito en la nota 32.

61. Dicho artículo prevé lo siguiente:

"1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

"Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

"2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

"3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

"4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

"5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

"6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

"También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento."

62. Se han transcrito en la nota 33.

63. Dicho artículo dispone:

"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*, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

–Artículo 4, sobre calidad de los datos.[64]

b) Criterios sobre cesiones o comunicaciones de datos entre administraciones públicas.

El punto inicial del análisis se centra en la exigencia de consentimiento previo del interesado. Es obvio que si lo presta en el momento de ser recogidos los datos por la Administración (cedente), o si lo hace con posterioridad, pero antes de que ésta los ceda o comunique a la otra (cesionaria), se habrán cumplido las exigencias legales (LOPD, artículo 11.1).[65]

Sucede, sin embargo, que la mayoría de las demandas para cesión o comunicación de datos entre administraciones no cuentan con el antecedente del consentimiento previo del interesado, bien porque no fueron previstas al recoger los datos, bien porque, aun siendo presumibles las peticiones de cesión o comunicación, no era posible obtenerlo con todas las garantías legales sobre consentimiento *informado*.[66] A su vez, acometer la tarea de requerir siempre el consentimiento de los interesados cada vez que otra Administración los solicita puede resultar problemático.[67]

Se comprenderá por todo ello que lo verdaderamente relevante es analizar los *criterios sobre cesiones o comunicaciones admitidas legalmente sin que el consentimiento sea preciso*. Tales criterios son los siguientes:

1.º. Para el ejercicio de competencias no diferentes o que versen sobre materias no distintas (LOPD, 21.1).

La formulación de este criterio responde al estricto tenor legal (transcrito en la nota 63), que al haberse construido en forma negativa hace muy difícil precisar, sin equívocos, su sentido.[68] Lo cual se ve agravado, además, por la lógica interpretación restrictiva que debe hacerse al tratarse de una excepción al principio general (consentimiento previo del interesado).

Con todas las cautelas señaladas, nos inclinamos por fijar el de la identidad material como el criterio más ajustado para admitir la cesión o comunicación entre administraciones públicas.[69] Como se ha señalado, "centra el contenido del artículo (21.1) la aplicación del principio de finalidad en la cesión de datos que sólo se autorizará entre diferentes administraciones públicas y sin consentimiento del interesado cuando coincidan las materias" (Freixas, 2001: 235).

Sobre el principio de finalidad, no obstante, hay que consignar un problema añadido, derivado de la modificación introducida por la LOPD. Concretamente, la LORTAD/1992, disponía que:

"Los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para *finalidades distintas* de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos" (artículo 4.2).

La LOPD/1999, en cambio, prevé que:

"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).

Es obvio que las limitaciones eran mayores con la LORTAD, y de ahí que se haya subrayado que el cambio introducido por la LOPD "supone una mayor flexibilidad respecto de la prohibición de alteración de la finalidad, pues no se prohíbe el uso cuando exista una simple diferencia entre el objeto para la obtención y aquel al que finalmente se aplican los datos, sino que es necesario que dicha diferencia llegue a suponer una auténtica incompatibilidad de objetivos" (Aparicio, 2000: 97).

De todas formas, no parece que esa fórmula de la no-incompatibilidad de finalidades autorice a ir más allá, en relación con la cesión o comunicación de datos, de lo que resulta de la aplicación del criterio sobre identidad material que hemos propuesto.

2.º. Cuando la cesión esté autorizada en una ley [LOPD, artículo 11.2.a)].

Fue precisamente sobre la base de la infracción del principio de reserva legal respecto a la regulación de los límites de un derecho fundamental (CE, artículo 53.1),

"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."

(El inciso en cursiva es el que fue anulado por la STC 292/2000).

64. Reseñado en el apartado 2.2, letra a).

65. "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" (LOPD, artículo 11.1).

66. Una referencia genérica sobre *cesión a otras administraciones públicas* no cumpliría el estándar requerido por el artículo 5 de la LOPD *(derecho de información en la recogida de datos*), y sería *materialmente* imposible incluir todas las administraciones que pudieran tener competencias sobre la materia.

67. Ya sea en términos de tiempo de demora, o del coste económico que suponga para la Administración cedente, si es que no asumiera los gastos la cesionaria. Y todo ello, naturalmente, sin olvidar la incidencia de los principios de eficacia, economía y eficiencia que deben presidir la actuación de las administraciones públicas (CE, artículos 103 y 31, y Ley 30/1992, artículos 3 y 4).

68. Esta construcción proviene ya del artículo 19 de la LORTAD/1992, del cual se dijo que era "oscura, difícil, yo diría que atormentada (ya que) construir una frase en forma negativa dificulta siempre la comprensión, porque obliga a invertirla previamente para captar un sentido positivo" (González Pérez y González Navarro, 1999: 1072).

69. Como criterio de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, la Constitución se refiere, precisamente, a *materias* (artículos 148 y 149). Igual sucede en la atribución de competencias a los municipios (Ley 7/1985, artículo 25.2).

por lo que la STC 292/2000 anuló la posibilidad de comunicación de datos entre administraciones prevista en la disposición de creación del fichero o en norma de superior rango (la reglamentaria) que regulase su uso.

Como cesiones autorizadas legalmente cabe reseñar las siguientes:

2.º.1. Cesión de datos del padrón municipal de habitantes.

El artículo 16.3 de la Ley 7/1985 dispone lo siguiente:

"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, y en las leyes de estadística de las comunidades autónomas con competencia en la materia."[70]

Esa previsión se complementa con la del artículo 17.3, último inciso, de la L 7/1985, que prevé:

"El Instituto Nacional de Estadística remitirá trimestralmente a los Institutos estadísticos de las comunidades autónomas u órganos competentes en la materia, y en su caso, a otras Administraciones públicas los datos relativos a los padrones en los municipios de su ámbito territorial en los que se produzcan altas o bajas de extranjeros en las mismas condiciones señaladas en el artículo 16.3 de esta ley."[71]

El padrón municipal de habitantes (PMH) y las cesiones y comunicaciones de que pueden ser objeto los datos personales que contiene son fuente frecuente de controversias. Su análisis desborda los límites de la presente contribución, en la que sólo podemos ofrecer unas consideraciones generales.[72] En cualquier caso hay que señalar que el PMH es un registro muy completo, tanto porque sus resultados agregados ofrecen el total de la población del Estado, como por los datos que de cada vecino se recogen en los respectivos padrones de todos y cada uno de los municipios españoles.[73] Además, todos los padrones han de ser gestionados informatizadamente, por el propio municipio titular o por la Diputación o la Administración cooperadora respectiva (Ley 7/1985, artículo 17.1), lo que optimiza las posibilidades de consulta.

Todo ello explica que desde siempre haya sido habitual que las administraciones y sus diferentes órganos se dirijan a los ayuntamientos formulando peticiones sobre datos de una, varias o colectivos de personas. Y, lógicamente, en estos casos se plantean los temas relativos a sus derechos (*intimidad*, *privacidad* y *autodeter-*

70. El artículo 16.3 contenía un párrafo más hasta su supresión por la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de diversas leyes, entre ellas la 7/1985. Dicho párrafo era del siguiente tenor:

"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, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (después LOPD/1999) y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."

Esta modificación formaba parte del bloque de medidas adoptadas en relación con la legislación de extranjería, y pretendía "perfeccionar la información contenida en el Padrón Municipal relativa a los extranjeros empadronados" (LO 14/2003, Exposición de motivos, III, párrafo cuarto).

71. Este párrafo del artículo 17.3 de la L 7/1985 también fue modificado por la LO 14/2003, que ha fijado la remisión por el INE con carácter imperativo sustituyendo la previsión potestativa anterior.

72. Para el análisis pormenorizado nos remitimos a nuestros trabajos (Martínez-Alonso, 1998b y 2000) y a los recientes de Villaverde (2003 y 2003b). Las memorias anuales de la Agencia de Protección de Datos recogen consultas y otras informaciones sobre el PMH. Finalmente, con fecha 25.3.1998, por resolución conjunta de la presidenta del INE (Instituto Nacional de Estadística) y del director general para la Administración local del MAP (Ministerio de las Administraciones Públicas) se aprobaron unas *Instrucciones técnicas sobre cesión de datos del padrón municipal*, muy detalladas y precisas, por lo que son de mucha utilidad.

No nos consta que se publicaran en el BOE, por lo cual para su consulta hay que remitirse al INE o al MAP, si bien está también disponible en la web de la Diputación de Barcelona (www.diba.es/padro, apartado "Normativa sobre gestión del padrón", epígrafe "Consultas resueltas por el Consell d'Empadronament", subepígrafe "Datos padronales: uso y cesión".

73. Sobre la base de que "toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente", según prescribe el artículo 15, primer inciso, de la Ley 7/1985, el artículo 16.2 de esta misma ley prevé:

"La inscripción en el padrón municipal contendrá como obligatorios los siguientes datos:

"a) Nombre y apellidos.

"b) Sexo.

"c) Domicilio habitual.

"d) Nacionalidad.

"e) Lugar y fecha de nacimiento.

"*f) Número de documento nacional de identidad o, tratándose de extranjeros:*

Número de la tarjeta de residencia en vigor, expedida por las autoridades españolas o, en su defecto, número del documento acreditativo de la identidad o del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Estados a los que, en virtud de un convenio internacional se extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados.

Número de identificación de extranjero que conste en documento, en vigor, expedido por las autoridades españolas o, en su defecto, por no ser titulares de éstos, el número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estado no comprendidos en el inciso anterior de este párrafo."

"g) Certificado o título escolar o académico que se posea.

"h) Cuantos otros datos puedan ser necesarios para la elaboración del Censo Electoral, siempre que se garantice el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución."

El redactado del apartado f) se introdujo por la LO 14/2003 en sustitución de una escueta redacción anterior (*tratándose de extranjeros, el documento que sustituya el DNI*).

El reglamento que desarrolla la ley prevé que se podrán recoger, con *carácter voluntario*, los siguientes datos: el número de teléfono y la designación de las personas que pueden representar a cada vecino ante la Administración municipal a efectos padronales (artículo 57.2 del Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales –RPD–, en la redacción dada por el Real decreto 2612/1996, de 20 de diciembre).

minación informativa) y a los límites de la cesión y la comunicación de datos.

Durante años el tema fue muy controvertido y fueron sucediéndose opiniones doctrinales divergentes, pronunciamientos jurisprudenciales diversos (de entre los que destaca la STS del 12 de noviembre de 1996, repertorio Aranzadi 7942), la modificación de la Ley 7/1985 en los artículos relativos al PMH (modificación operada por al Ley 4/1996, de 10 de enero), e, incluso, una resolución conjunta del Instituto Nacional de Estadística y del Ministerio de las Administraciones Públicas, de 25 de marzo de 1998, relativa a *Instrucciones técnicas sobre cesión de datos del padrón municipal*. [74] Nuevamente se ha abierto la controversia con motivo de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que modifica diversas normas en la relación con la reforma de la legislación de extranjería.

Con carácter general podemos decir que, al amparo del supuesto que venimos analizando, la cesión o comunicación de datos del PMH a otras administraciones públicas deberá producirse en los términos estrictos del artículo 16.3 de la Ley 7/1985, anteriormente transcrito, y previa evaluación de la concurrencia de todos los requisitos (*sobre ejercicio de competencias* y *exclusivamente para asuntos en que la residencia o el domicilio sean datos relevantes*), siempre en referencia a, como máximo, un grupo determinado de personas (no caben las *cesiones masivas*) y sólo de los datos personales que sean necesarios para atender la solicitud de la Administración peticionaria.[75]

Con carácter específico, el último eslabón de modificaciones al respecto lo ha constituido la Ley orgánica 14/2003, que ha añadido a la L 7/1985 la siguiente previsión:

"Disposición adicional séptima. Acceso a los datos del padrón.

Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática.

A fin de asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad. A estos efectos, quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados.

Con el fin de mantener actualizados los datos de inscripción padronal de extranjeros en los padrones municipales, la Dirección general de la Policía comunicará mensualmente al Instituto Nacional de Estadística, para el ejercicio de sus competencias, los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros.

Se habilita a los Ministros de Economía y del Interior para dictar las disposiciones que regulen las comunicaciones de los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros por medios electrónicos, informáticos o telemáticos al Instituto Nacional de Estadística."

2º.2. Cesión o suministro de datos a la Administración tributaria.

Sobre la base del deber constitucional de contribución de todas las personas *"al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica"* (CE, artículo 31.1), la Ley general tributaria (LGT) prevé la obligación de ceder o suministrar datos a la Administración tributaria. En relación con la LGT hay que distinguir:

–El texto que se corresponde con la L 230/1963, de 28 de diciembre, con las modificaciones de que fue objeto, que mantiene su vigencia hasta el 30 de junio de 2004, y que regula tales obligaciones en sus artículos 111 y 112.

–El nuevo texto de la LGT aprobado por la L 58/2003, de 17 de diciembre, cuya entrada en vigor se produce el 1 de julio de 2004, que las regula en sus artículos 93 ("Obligaciones de información")[76] y 94 ("Autoridades sometidas al deber de informar y colaborar").[77]

74. Véase nota 72, inciso final.

75. Las dos últimas precisiones suponen sendas exigencias derivadas del principio de calidad de los datos ("adecuados, pertinentes y no excesivos", LOPD, artículo 4.2).

76. En lo que interesa, el artículo 93 de la LGT (que reproduce sustancialmente el 111 del texto anterior) dice lo siguiente:

"1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley (*herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición*), estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas. [...]

2. Las obligaciones a las que se refiere el apartado anterior deberán cumplirse con carácter general en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, o mediante requerimiento individualizado de la Administración tributaria que podrá efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos. [...]"

77. En lo que interesa, el artículo 94 de la LGT (que reproduce sustancialmente el 112 del texto anterior) dice lo siguiente:

"1. Las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las mutualidades de previsión social; las demás entidades públicas, incluidas las gestoras de la Seguridad Social y quienes, en general, ejerzan funciones públicas, estarán obligados a suministrar a la Administración tributaria cuantos datos, informes y antecedentes con trascendencia tributaria recabe ésta mediante disposiciones de carácter general o a través de requerimientos concretos, y a prestarle, a ella y a sus agentes, apoyo, concurso, auxilio y protección para el ejercicio de sus funciones. [...]

Los términos en que se recogen esas obligaciones de cesión y suministro de datos a la Administración tributaria son amplios y su régimen es especial, privilegiado si se quiere, pero en todo caso articulado para asegurar ese *"sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad",* del que habla la Constitución (artículo 31.1).

2º.3. Cesión o suministro de datos de la Administración tributaria a otros destinatarios públicos.

También la LGT prevé la cesión o el suministro de datos de la Administración tributaria en favor de otras administraciones tributarias y destinatarios públicos (órganos jurisdiccionales, ministerio público, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, etcétera).[78]

3º. Cesiones a destinatarios públicos cualificados [LOPD, artículo 11.2.d)].

La propia LOPD/1999 detalla una relación de destinatarios públicos cualificados a los cuales deberán cederse o comunicarse los datos de carácter personal que soliciten, y sin que obviamente sea necesario el consentimiento previo de los interesados.

Dichos destinatarios son [LOPD, artículo 11.2.d)]: el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas (y las instituciones autonómicas respectivas con funciones análogas), el Ministerio Fiscal, los jueces y los tribunales.

4º. Cesión para el tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos [LOPD, artículos 11.2.e) y 21.1].

La autorización para la cesión o comunicación entre administraciones públicas para el tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos se incluye, con una formulación idéntica, en dos artículos: el 11.2.e) y el 21.1, inciso final.

Estas previsiones se complementan con la que, en relación con el principio de calidad de los datos y su cancelación, se recogen en el artículo 5, párrafo tercero, de la LOPD:

"Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, *por excepción*, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos" (la cursiva es nuestra).

Desde la perspectiva de la legislación de protección de datos de carácter personal esa excepción a la cancelación parece lógica. En cambio, el criterio es justamente el contrario si el tema se analiza a la luz de la legisla-

5. La cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, en los apartados anteriores de este artículo o en otra norma de rango legal, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal."

78. El artículo 95 ("Carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria") de la LGT, texto aprobado por la L 58/2003 (y que reproduce el 113 del texto anterior, si bien lo amplía con nuevas previsiones sobre cesiones), dice lo siguiente:

"1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto:

a) La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

b) La colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias.

c) La colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la cotización y recaudación de las cuotas del sistema de Seguridad Social, así como en la obtención y disfrute de prestaciones a cargo de dicho sistema.

d) La colaboración con las Administraciones públicas para la lucha contra el delito fiscal y contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos o de la Unión Europea.

e) La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.

f) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal.

g) La colaboración con el Tribunal de cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

h) La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa en la que, previa ponderación de los intereses públicos y privados afectados en el asunto de que se trate y por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración tributaria.

i) La colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, con la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y con la Secretaría de ambas comisiones, en el ejercicio de sus funciones respectivas.

j) La colaboración con órganos o entidades de derecho público encargados de la recaudación de recursos públicos no tributarios para la correcta identificación de los obligados al pago.

k) La colaboración con las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados.

2. En los casos de cesión previstos en el apartado anterior, la información de carácter tributario deberá ser suministrada preferentemente mediante la utilización de medios informáticos o telemáticos. Cuando las Administraciones públicas puedan disponer de la información por dichos medios, no podrán exigir a los interesados la aportación de certificados de la Administración tributaria en relación con dicha información.

3. La Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado.

Cuantas autoridades o funcionarios tengan conocimiento de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos citados. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran derivarse, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

Cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación cicunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. También podrá iniciarse directamente el oportuno procedimiento mediante querella a través del Servicio Jurídico competente.

4. Los retenedores y obligados a realizar ingresos a cuenta sólo podrán utilizar los datos, informes o antecedentes relativos a otros obligados tributarios para el correcto cumplimiento y efectiva aplicación de la obligación de realizar pagos a cuenta. Dichos datos deberán ser comunicados a la Administración tributaria en los casos previstos en la normativa propia de cada tributo.

Salvo lo dispuesto en el párrafo anterior, los referidos datos, informes o antecedentes tiene carácter reservado. Los retenedores y obligados a realizar ingresos a cuenta quedan sujetos al más estricto y completo sigilo respecto de ellos."

ción de protección del patrimonio cultural, en la medida en que se prescribe la conservación de cualesquiera documentos producidos por las administraciones públicas y atendido que en la definición de los mismos se incluyen los recogidos "en cualquier tipo de soporte material", "incluso los soportes informáticos" (Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, del *patrimonio histórico español*, artículos 1.2, 49 y 52; y leyes catalanas 9/1993, de 30 de septiembre, del *patrimonio cultural catalán*, artículos 19 y 21, y 10/2001, de 13 de julio, de *archivos y documentos*, artículo 7).

5º. Cesión de datos de carácter personal necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar estudios epidemiológicos de acuerdo con la legislación sobre sanidad (LOPD, artículo 11.2.1).

Como supuesto de cesión de datos entre administraciones públicas que no precisa del consentimiento del interesado se encuentra también el de que sea necesaria para solucionar una urgencia o realizar estudios epidemiológicos [LOPD, artículo 11.2.f)].

Se trata de un supuesto específico, bien que, no obstante, hay que ponerlo en relación con:

–El resto de las previsiones de la LOPD sobre la materia, entre las que destacan las de los artículos 6.2 ("proteger un interés vital del interesado"), 7 ("datos especialmente protegidos", apartados 2, 3 y 6) y 8 ("datos relativos a la salud").

–La legislación sobre sanidad, autonómica y estatal, de entre la que cabe destacar, en Cataluña, la Ley 7/2003, de 25 de abril, de protección de la salud, y las leyes estatales 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, y 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* (especialmente, el capítulo V, *del sistema de información sanitaria*, artículos 53 a 58).

Atendida la complejidad de la materia nos limitamos a consignar el supuesto y a remitirnos a los estudios especializados.

6º. Comunicación de datos de carácter personal que una Administración obtenga o elabore con destino a otra (LOPD, 21.2 y 4).

La comunicación de datos entre dos administraciones públicas no requiere el consentimiento del interesado en el supuesto de que una de ellas (cedente) obtenga o elabore los datos con destino a la otra (cesionaria). Es evidente que en este caso, previsto en el artículo 21.2 de la LOPD, habrá un antecedente previo de colaboración entre administraciones, que tendrá su correspondiente amparo normativo y, eventualmente, una formulación documental (convenio de delegación o encomienda de gestión, por ejemplo).

La concurrencia de tales circunstancias y condiciones son las que legitiman la recogida, elaboración y tratamiento de datos de carácter personal (LOPD, 4.1), y su comunicación entre cedente y cesionaria (LOPD, 21.2 y 4).

7º. Otras cesiones previstas con carácter general.

Previstas con carácter general, y, por tanto, susceptibles de aplicarse a las cesiones de datos entre administraciones públicas podemos reseñar los supuestos de:

–Datos recogidos de fuentes accesibles al público [LOPD, artículo 11.2.a) en relación con el 3.j)].

–Tratamiento de datos que 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 –en el caso que tratamos– de otra administración pública, y en el bien entendido que la comunicación será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique [LOPD, artículo 11.2.d)].

c) Cesiones o comunicaciones de datos en el seno de una administración pública.

Si el tema de las *cesiones o comunicaciones de datos de carácter personal* entre administraciones públicas resulta problemático, no lo es menos el relativo a las que se producen *en el seno de una administración pública*, esto es, *entre órganos de una misma administración*.

El principal factor que provoca las dudas lo constituye la falta de previsión expresa de la ley, a diferencia de lo que sucede entre administraciones públicas según hemos visto en el apartado anterior. De manera que la no-regulación de la cesión o comunicación de datos *intra-administrativa* deja la cuestión abierta, y a partir de ahí, los autores se manifiestan de maneras divergentes e, incluso, antagónicas.

Lo cierto es que el tema tampoco estaba resuelto con la LORTAD/1992, lo que dio pie a que se afirmara que "la ley no regula expresamente la cesión entre órganos de la misma Administración Pública, por lo que, en principio, parece deducirse que ello estaría permitido" (Del Peso y Ramos, 1994: 132). Ya vigente la LOPD, Freixas (2001: 235-237), tras poner de manifiesto la no-regulación específica y examinar las alternativas (aplicación de los artículos 11.1 y 21.1), se decanta por los argumentos que apoyan la cesión.[79]

79. Su argumentación merece ser reproducida de manera textual:

"Dos son las soluciones que se pueden dar a las cesiones entre órganos de una misma administración. La primera, y a falta de una regulación específica, la aplicación del artículo 11 de la LOPDCP, que regula la comunicación de datos de una manera general. Como hemos analizado en el capítulo 7, dicha cesión a un tercero requerirá el consentimiento del interesado y el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario. La segunda, entender que las limitaciones a las cesiones de datos con relación a competencias distintas sólo se aplican en los casos en que las administraciones públicas sean diferentes, por lo que nada impedirá que esta cesión se efectúe sin ningún tipo de requisito previo entre órganos de una misma administración.

En cambio, Vizcaíno (2001: 237-239) rechaza tajantemente que el "aparente olvido de las cesiones entre órganos de la misma Administración [signifique] que la ley lo admite en forma indiscriminada" (*op. cit.*: 237), y apela para ello al propio espíritu (restrictivo) y finalidad (defensa de la privacidad e intimidad de los ciudadanos) de la LOPD.[80]

d) Necesidad de esclarecer los requisitos de las comunicaciones y las cesiones de datos en el ámbito de las administraciones públicas.

La revisión que hemos efectuado en los apartados anteriores pone al descubierto la problemática en torno a las comunicaciones y las cesiones en el ámbito de las administraciones públicas. Son demasiadas las dudas que se plantean sobre los requisitos que deben cumplir las demandas que unas formulan, así como sobre los límites y las garantías que han de observar las destinatarias de las mismas para atenderlas. Y lo mismo puede decirse respecto de las cesiones y comunicaciones en el seno de una administración, entre sus órganos, y que, como es de suponer, adquiere unos perfiles más acusados a medida que disminuyen sus dimensiones.

Y en esa problemática no sólo cuenta la disyuntiva sobre el juicio legal acerca de si una cesión o comunicación concreta de datos debe admitirse o no, sino también –¡y mucho!– el *riesgo* del error, susceptible de ser calificado como infracción muy grave *ex* LOPD, artículo 44.b).

No creemos que se nos pueda tachar de alarmistas si reseñamos que los equívocos sobre estos temas están añadiendo tensiones a las relaciones interadministrativas y también en el seno de las propias administraciones. Y lo peor de todo es que pueden generar tendencias a la *estanquidad* y a la no-cooperación, justo lo contrario de lo que demandan los principios de coordinación administrativa y lealtad institucional (CE, artículo 103, y Ley 30/1992, artículos 3 y 4).

La conclusión que se desprende de todo ello apunta claramente a la necesidad de esclarecer, con carácter general, los requisitos de las comunicaciones y las cesiones de datos de carácter personal en el ámbito de las administraciones públicas. En este sentido creemos que podría resultar muy útil distinguir los supuestos de comunicación y cesión de datos, en la línea propuesta por Aparicio (2000: 117-124 y 218-220). Y, en esta dirección, mantener la definición de *comunicación* como "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado" (*op. cit.*: 122), diferenciándola de la *cesión*, "que se reservaría semánticamente al supuesto de comunicación de datos en que se otorgara al destinatario el poder de disposición del tratamiento" (*op. cit.*: 123).

En el ámbito de las administraciones públicas deberían fijarse los requisitos, los límites y las garantías de las comunicaciones de datos, de un lado, y de las cesiones, de otro, y en el bien entendido que el nivel de exigencia en éstas habría de ser superior, obviamente, al de aquéllas. Creemos, asimismo, que el principio de finalidad en la recogida y el tratamiento de los datos debe servir de criterio en este ámbito, vinculándolo con el de la identidad material en el ejercicio de competencias de las administraciones públicas, y con el principio de confianza legítima como deber de actuación de éstas en sus relaciones con la ciudadanía (*ex* artículo 3.1, *in fine*, de la L 30/1992). Finalmente, todas esas tareas de delimitación y precisión de las condiciones de las comunicaciones y las cesiones de datos deberían consignarse en la ley, preferentemente en la propia LOPD, que, como se recordará, tiene el carácter de ley ordinaria en lo relativo, entre otros, a los preceptos sobre *ficheros de titula-*

"Si defendemos la primera de las interpretaciones estaremos estableciendo, para la cesión de datos entre órganos de una misma administración, un requisito adicional, el consentimiento del interesado, que no se exige en la comunicación de datos entre distintas administraciones públicas con competencias o materias coincidentes. Si defendemos la segunda interpretación, estaremos deslegalizando la comunicación de datos entre órganos de una misma administración, lo que podría vulnerar algunos derechos que la ley otorga a los afectados.

"La discusión está pendiente de que se plantee alguna controversia y así ver avanzar alguna solución judicial a esta problemática. Pero pienso que tiene difícil aceptación que a la comunicación de datos entre órganos de una misma administración se le apliquen los criterios generales del artículo 11 de la LOPDCP que limita ésta cuando intervengan terceros. No es éste el caso porqué las administraciones públicas tienen personalidad jurídica única y están constituidas por órganos jerárquicamente ordenados. Por ello, no cabe interpretar, en mi opinión, que órganos de una administración pública tengan la consideración de terceras personas con relación a otros órganos de la misma administración y que, por este motivo, la comunicación de datos está sujeta al régimen general del artículo 11 de la LOPDCP.

"En este sentido, tampoco hemos de olvidar que el principio de eficacia que ha de regir las actuaciones de las administraciones públicas previsto en el artículo 103 de la CE comporta evitar al máximo la duplicidad de actuaciones. Por ello, carece de sentido que unos datos obtenidos por un órgano de una administración con competencias diferentes, obliguen a otro órgano de la misma administración a crear unos datos que ya constan en un fichero. Es cierto que se podría crear otro fichero con los mismos datos con lo que no se produciría ninguna problemática en este aspecto. Pero ello, supondría un coste en tiempo y recursos económicos importantes y una actuación innecesaria. Por otro lado, si una administración pública puede obtener o elaborar datos con destino a otra, tal y como analizaremos en el punto siguiente sin consentimiento del interesado ¿qué sentido tiene que órganos de una misma administración no se puedan ceder datos?" (Freixas, 2001: 235-237).

80. A nuestro entender, sin embargo, el corolario de su argumentación acaba restringiendo en exceso el propio sentido de la cesión entre administraciones públicas *ex* artículo 21.1 de la LOPD:

"Dicho en otros términos. *A sensu contrario*, la norma permite la comunicación de datos personales de los administrados entre administraciones públicas para el ejercicio de competencias iguales o de competencias que versen sobre las mismas materias, pero ello, lógicamente, sólo puede entenderse, con naturalidad, *en la órbita de una misma Administración.*

"En consecuencia, puede concluirse razonablemente que para que los datos personales sean comunicados a órganos o entidades distintas del responsable del fichero, aun dentro de una misma Administración es necesario que la comunicación tenga por finalidad *el ejercicio de iguales competencias en las mismas materias* (lo cual *sólo puede entenderse* con naturalidad *en el seno de una misma Administración*)." (Vizcaíno, 2001: 238, las cursivas son nuestras).

ridad pública (artículos 20 a 24, en relación con la disposición final segunda de la LOPD/1999).

5. Condicionantes a la gestión pública local desde el ámbito de la normativa de las propiedades y los bienes inmateriales

5.1. Consideraciones preliminares

En este contexto en que nos movemos, aquende las lejanas atalayas de los despachos decisorios en las grandes administraciones públicas gubernamentales, que es el de proximidad o inmediatez de la gestión municipal, y, por extensión, toda la local, la presente contribución tiene por objeto aportar una reflexión sobre algunos de los condicionantes que se vienen planteando con insistencia creciente a esta gestión desde las exigencias de la evolución normativa sobre las propiedades y bienes inmateriales.

Los citados derechos y bienes incorporales han sido frecuentemente olvidados en nuestra tradición jurídica y política por el lamentable lastre de una herencia, y aún realidad presente, de falta de cultura democrática y de concienciación colectiva de respeto a los valores genuinos de la creatividad y de su contribución al progreso social, inercia que afronta actualmente un nuevo reto en la adaptación forzada al último gran cambio tecnológico en los medios de tratamiento y transmisión de la información. Es, pues, tiempo de situar a los gestores locales ante la deuda histórica de asumir plenamente las implicaciones de los derechos de autor y el valor esencial del derecho de acceso a la información pública que gestionan, este último como barómetro fiel del grado real de democratización de nuestra sociedad.

5.2. Derechos inmateriales de autoría intelectual

Consideramos, como punto de partida, una realidad de gestión local cuyos agentes dinamizadores, en el marco de esta función pública, no sólo manejan grandes flujos de información de la propia entidad, de otras ajenas y, sobre todo, de los ciudadanos particulares y personas jurídicas privadas que acuden a este nivel de administración, sino que instrumentan de manera creciente su actividad de gestión sobre estos activos informacionales mediante servicios y técnicas tales como, entre otros muchos:

a) Creación de bases de datos (BD) en línea, que se constituyen en auténticos portales o centros de documentación pública telemática, contratación de empresas externas para su implementación de contenidos y para su mantenimiento técnico, y participación en la creación de BD transnacionales en el marco de las redes y asociaciones de cooperación internacional legitimadas por la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL).

b) Contratación de la realización de aplicaciones informáticas a medida para la difusión de los propios activos.

c) Contratación de la producción de contenidos de índole técnica, social, cultural, etc., de autoría individual, colectiva, o mediante fórmulas de colaboración plural, para su posterior edición digital.

d) Coproducción y gestión de exposiciones en régimen de itinerancia entre museos municipales, así como la gestión de éstos mismos y de sus archivos.

e) Programación y realización de programas de formación pública y profesional continuada de los propios recursos humanos, con su corolario de contratación de profesores. La multiplicidad de las formas aquí relacionadas a título indicativo no puede en ningún modo velar un común denominador a todas ellas en su imbricación con los derechos de autor.

5.2.1. El uso imperativo de los instrumentos contractuales

La normativa general de contratación de las administraciones públicas clasifica los negocios jurídicos "sobre propiedades incorporales" en el ámbito residual de "los restantes contratos", aquellos que, en el contexto de una heterogénea lista indicativa, considera como privados (TRLCAP, artículo 5.3). La exigencia de formalización expresa y escrita de toda cesión de derechos de explotación económica de la propiedad intelectual (Real decreto legislativo 1/1996, de aprobación del Texto refundido de la Ley de la propiedad intelectual –TRLPI, en adelante–, artículos 43 y 45), sumada al incremento exponencial descrito en el punto anterior de actividades públicas locales con implicaciones de derechos de autoría, exige poner de relieve las consecuencias prácticas del no-seguimiento de aquella exigencia.

La experiencia de gestión en el ámbito de las unidades administrativas operativas de los entes locales, las mismas que dinamizan su actuación con la modernización instrumental técnica descrita, evidencia aún, desde la perspectiva del observatorio permanente que son las administraciones cooperadoras de segundo grado, un cierto déficit en la concienciación de sus recursos humanos sobre la necesidad de hacer uso de los instrumentos contractuales para el correcto tratamiento de los derechos de explotación de autor en toda nueva adquisición o encargo de contenidos y flujos informativos que impliquen creatividad en su generación por parte de terceros y que hayan de integrarse como un elemento o *input* en los circuitos de gestión pública de aquéllas (se constata el mismo déficit a escala de la AGE en MAP, 2003: 14).

La correcta aplicación del imperativo legal citado es de la máxima importancia puesto que su corolario es que no se puede considerar tener adquirido ningún derecho de explotación de propiedad intelectual que no conste documentado expresamente por escrito y de

manera circunstanciada en cuanto a las formas y modalidades cedidas, así como al ámbito territorial y temporal de tal cesión, en un contrato, convenio o acuerdo de cesión otorgado por el/los autor/es.

La recomendación a efectuar a los gestores locales en este sentido se centraría en la conveniencia de maximizar el privilegio legal otorgado a las administraciones públicas de instrumentar, mediante sus pliegos, contratos de condiciones generales de adhesión con prerrogativas exorbitantes de Derecho público, como manera de anticipar un tipo de cesión expresa de derechos en los términos y extensión perseguidos en el redactado de sus pliegos de cláusulas administrativas de contratación de los servicios o consultorías de creación de nuevos contenidos/formas. La sugerencia aquí formulada se extiende, naturalmente, a aquellos casos de procedimiento de contrato menor por razón de su cuantía (no superior a 12.020,24 euros), que estadísticamente concentran la mayor parte de este tipo de consultorías/cesiones.

5.2.2. Limitaciones en las facultades de la propiedad de los soportes de las obras

Existe una doble limitación, activa y pasiva, sobre las posibilidades de actuación de los titulares dominicales de los soportes materiales en que se plasman las obras protegibles por el derecho de autor:

1.ª. El adquirente de la propiedad del soporte al cual se haya incorporado la obra no tiene, por este sólo título, ningún derecho de explotación sobre aquélla excepto el de su exposición pública si es una obra de artes plásticas o de fotografía (TRLPI, artículo 56).

2.ª. Los derechos morales del autor, y, por lo tanto, irrenunciables e inalienables, de: *a*) acceso al ejemplar único o raro de la obra, cuando se encuentre en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda (TRLPI, artículo 14.7), y *b*) retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación (TRLPI, artículo 14.6).

Esta doble limitación tiene una incidencia directa en la gestión pública local de la difusión cultural, y, muy notablemente, en los ámbitos museístico y archivístico. Cabe, no obstante, apreciar que el mencionado derecho de acceso no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen. En un estadio preventivo, la recomendación de obligado cumplimiento es la previsión contractual expresa de la adquisición de los derechos de explotación de la obra junto con la adquisición de la propiedad del soporte al cual se incorpora ésta.

5.2.3. Los niveles de protección de las BD

La trascendencia del régimen jurídico de las BD para el propósito de la presente ponencia radica en el hecho conjunto de que, como se apreció en la nota introductoria de la misma, constituyen ya hoy en día una de las manifestaciones más relevantes de la actividad informativa sociocultural en general y de las administraciones públicas en particular, y de que las páginas web públicas locales (y, por tanto, de los llamados "portales" y "centros de documentación" electrónicos) revisten la consideración legal de BD. Se colige de ello la necesidad de tener en cuenta los diferentes niveles de protección de los elementos de éstas en la contratación de su elaboración o del arrendamiento (licencia de cesión de uso) de las ya creadas por terceros con carácter previo. Existe un cuádruple nivel de protecciones acumuladas, independientes y compatibles entre sí:

a) Protección mediante las modalidades de explotación económica del derecho de autor (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación), protección referida exclusivamente a su estructura en tanto que forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, pero no de éstos en sí mismos (TRLPI, artículo 12.1).

b) Protección mediante el llamado derecho *sui generis* sobre las BD: se confiere amparo a la inversión substancial realizada por el fabricante o productor de la BD, evaluada en términos cuantitativos o cualitativos, por un período de quince años desde la finalización del proceso de fabricación, renovables en caso de una transformación que suponga una nueva inversión substancial (TRLPI, artículo 133 y siguientes). Se mantiene aquí también la excepción relevante de las extracciones para fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente.

c) Protección mediante el régimen del derecho de autor sobre los programas de ordenador (TRLPI, artículo 95 y siguientes) para los que se usen en la fabricación y/o funcionamiento de BD accesibles por medios electrónicos ("en línea") (TRLPI, artículo 12.3).

d) Se ha de recordar en último término la independencia y compatibilidad de los tres niveles anteriores respecto a la protección mediante el derecho de autor u otros derechos previos de propiedad intelectual sobre los contenidos de la BD, además de los eventuales derechos también previos de propiedad industrial (véase *infra*, 5.3), derecho de la competencia, derecho contractual, protección del secreto empresarial/industrial, de los datos que encierran la privacidad personal, del patrimonio cultural-documental público, del acceso a los documentos públicos y de la tutela pública del derecho de acceso a la cultura (Directiva 2001/29/CE, artículo 9; TRLPI, artículos 137 y 40). Es, en razón de esta compatibilidad, recomendable a los gestores locales que gene-

ralicen la práctica de la inclusión en sus páginas web en internet de un punto de atención o "aviso legal" de exención de responsabilidad por las informaciones o contenidos provenientes de terceros que consten en ella directamente o por remisión de enlace telemático, así como por el eventual uso que los terceros hagan de las informaciones contenidas en la página.

5.3. Derechos inmateriales de propiedad industrial

Por contraste con los derechos inmateriales de propiedad intelectual, interesa poner de relieve que en los de propiedad industrial sí es un requisito constitutivo del propio derecho la inscripción del título correspondiente (marca, nombre comercial, patente, modelo de utilidad, modelos y dibujos industriales, etc.) en el Registro de la Propiedad Industrial, denominado Oficina Española de Patentes y Marcas desde 1992, en que se constituyó como organismo autónomo, adscrito hoy al Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Al mismo tiempo, y respecto al más relevante de estos títulos industriales en relación con la gestión de los servicios públicos locales, cual es el de marca, interesa reseñar tres puntos de interés: las posibilidades legales de maximización de la imagen corporativa local a través de las redes telemáticas (a), la necesidad de despejar definitivamente dudas e inhibiciones respecto a las posibilidades de actuación de los entes públicos locales al respecto y de ser plenos titulares de derechos de propiedad industrial (b), y, por último, el recordatorio del recurso al instrumento contractual como garantía de que la gestión propia no pueda verse afectada por derechos preexistentes de terceros (c).

a) Uno de los derechos atribuidos por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas (LM), a los titulares del derecho de marca es la posibilidad de usar este signo como nombre de dominio en la dirección electrónica propia en las redes de comunicación telemática [artículo 34.3.e)]. Este último elemento de identidad corporativa, que sirve para la localización de la dirección de un ordenador a través de internet, ha adquirido, una vez ya superado venturosamente el lamentable primer período de desconocimiento absoluto de los derechos de propiedad industrial por parte de los gestores de la red telemática, una cierta virtualidad diferenciadora tanto en el ámbito empresarial privado como en el institucional público ("DIBA", "BCN", etc.). A fin de registrar un distintivo de marca bajo los dominios telemáticos de tercer nivel *".com.es", ".nom.es", ".org.es", ".gob.es", ".edu.es"*, y el genérico de segundo nivel *".es"* la solicitud ha de tramitarse dirigiéndola a la entidad pública empresarial *"Red.es"* (www.red.es). Y para inscribirla bajo los dominios genéricos de segundo nivel (como son los *".com", ".net", y ".org"*), la solicitud ha de tramitarse a través de una entidad agente registradora acreditada per la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) (www.icann.org).

b) Los antecedentes tradicionales de inhibiciones en este campo, fruto de un contexto histórico degradado de falta de autonomía y de tutela administrativa gubernamental, así como en el más actual en que conviven el auge del municipalismo con un entorno de agresividad competitiva de los operadores mercantiles privados, hace que no sea superfluo remarcar la solidez de los títulos competenciales de que se ha dotado el ordenamiento jurídico administrativo local confiriendo a sus entidades la capacidad de ser titulares de derechos inmateriales de propiedad industrial. Con carácter general, el primer fundamento competencial objetivo es el reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica (CE, artículo 128.2), que se ha de relacionar aquí con el fundamento institucional del principio de autonomía local (CE, artículo 137); ambos encuentran su despliegue conjunto a escala local en las bases jurídicas siguientes:

b.1) Formalmente, en la capacidad jurídica plena que les reconoce el texto ordinamental básico local para actuar en derecho y establecer servicios públicos bajo cualquier forma organizativa y modo de gestión, directa o indirecta, así como para interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes (Ley 7/1985, artículo 5).

b.2) Materialmente, la capacidad de crear, establecer y explotar servicios públicos (Ley 7/1985, 85; Decreto legislativo 2/2003 –TRLCat/2003–, 246; ROAS/95, títulos 5 y 6) y de ejercer actividades económicas en régimen de libre competencia (TRLCat/2003, artículo 243; ROAS/95, título 4), que podrán ser identificados y distinguidos con signos marcarios de propiedad industrial, se despliega a partir de un triple orden de fundamentos:

–Primero: En la potestad de autoorganización de los entes locales (Ley 7/1985, artículo 4.1), que les habilita a la creación de personificaciones instrumentales funcionales de gestión de servicios públicos, dos figuras relevantes de las cuales serán los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales.

–Segundo: En el principio de cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las restantes administraciones públicas que rige en las relaciones interadministrativas entre todas ellas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común (Ley 7/1985, artículo 57), en que se fundamentan los consorcios locales.

–Tercero: En la cláusula competencial de apoderamiento general de los municipios, y, con ellos, de todos los entes locales cooperadores de segundo grado, que, "[...] para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad de vecino" (Ley 7/1985, artículo 25.1).

c) Es plenamente extensible a los derechos de propiedad incorporal industrial el mismo énfasis que se ponía respecto a la necesidad de concienciar a los agentes públicos locales del interés del uso de los instrumentos contractuales para garantizar una gestión pacífica de sus activos propios o cedidos sobre los cuales pudieran incidir derechos de autoría preexistentes. Puesto que la conexión material entre el objeto de estas propiedades inmateriales y los objetos típicos o especiales de contratación administrativa está siempre potencialmente presente, es así conveniente la inserción de sendas previsiones en el pliego de cláusulas administrativas de contratación pública de una entidad local en el doble sentido preventivo (enunciación de la obligación) y reactivo (responsabilidad y deber de indemnización) siguiente:

c.1) Obligaciones del contratista en relación con la propiedad industrial y comercial de los elementos utilizados instrumentalmente para la realización de su prestación contractual: el contratista deberá obtener las licencias, las cesiones, los permisos y las autorizaciones necesarios de los titulares de los derechos de propiedad industrial correspondientes, siendo a su cargo el pago de los derechos e indemnizaciones por estos conceptos (*Pliego de cláusulas,* 2002: cl. 47.2.b, p. 33).

c.2) Responsabilidad e indemnización por cuenta del contratista derivada de toda reclamación relativa a la propiedad industrial y comercial de los materiales, procedimientos y equipos utilizados en su prestación contractual: deber de indemnizar a la Administración contratante todos los daños y perjuicios que para ésta pudieran derivarse de la interposición de reclamaciones al respecto, incluidos los gastos derivados de las que eventualmente puedan interponerse contra ella (*Pliego de cláusulas*, 2002: cl. 42.4, p. 32). El interés de esta recomendación viene acentuado por el hecho de que la nueva regulación de la LM (artículo 43.5) refuerza el derecho a la percepción de indemnización de daños y perjuicios por el titular de la marca cuya violación haya sido declarada judicialmente (Otero Lastres, 2002: 60).

5.4. Derecho de acceso a la información pública

5.4.1. Condicionamientos generales

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, esto es, a la documentación pública, consagrado en la CE, artículo 105.b), y desarrollado a escala de legislación básica del Estado en la Ley 30/1992, artículo 37 (Matas, 2000) sigue constituyendo un índice fiel lamentablemente actualizado, tanto en sus manifestaciones normativas como en sus últimos desarrollos jurisprudenciales, de la falta de transparencia democrática que caracteriza todavía a una generalidad de actuaciones públicas en un Estado formalmente denominado de derecho. En sus manifestaciones normativas, porque el catálogo de excepciones básicas al derecho de acceso que se configura en la Ley 30/1992, artículo 37, es tan minucioso al tiempo que ambiguo en la mayoría de sus manifestaciones que llega a la paradoja de invertir completamente los términos y convertir en regla general lo que en aplicación fiel de la prescripción constitucional citada debería ser la excepción.[81] Y en sus desarrollos jurisprudenciales, porque éstos han caído en el abuso dialéctico de las amplias posibilidades ofrecidas por un catálogo tan generoso como ambiguo de excepciones, cuando no activamente, sí, las más de las veces, por mera tolerancia pasiva de los excesos administrativos de celo corporativista en este sentido. Se puede aportar como último testimonio la triste sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 19 de mayo de 2003 en la que se estima procedente en vía de casación la denegación a un periodista para acceder a expedientes administrativos referentes a los créditos FAD concedidos a la empresa pública FOCOEX durante los años 1985-1995: la solución de este alto tribunal se funda en una interpretación desmesuradamente restrictiva del requisito de "petición individualizada de los documentos, sin que quepa formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias" (Ley 30/1992, artículo 37.7), dando lugar en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto a argumentaciones que, vaciando de contenido el sentido del precepto legal, firmarían los propios maestros de Abdera y Leontini: así, pareciendo olvidar la distinción entre "materia" y "expediente", "La solicitud del recurrente, relativa a todos los expedientes administrativos que hacen referencia a los créditos FAD concedidos a la empresa pública FOCOCEX durante los años 1985-1995, no es individualizada. No se concreta en ella qué documentos se desea consultar, en relación con uno o varios créditos determinados, para comprobar la veracidad de la información que se posee y que se quiere comunicar [...]" (fundamento quinto), o bien, "[...] la Administración, al dictar la resolución denegatoria [...], no ha impedido al periodista recurrente comunicar libremente la información veraz que poseyese por cualquier medio de difusión, ni correlativamente recibirla libremente a los lectores. Lo que le ha impedido es comprobar la veracidad de su información, negándole el acceso a los archivos y expedientes administrativos respecto a los expedientes [...]" (fundamento cuarto).

La evolución en parábola descendente descrita no deja mucho margen más que para suscribirse a la opi-

81. Para una crítica en este sentido, ALBERCH, Ramon, y CRUZ, José Ramón, 1999. *¡Archívese! Los documentos del poder, el poder de los documentos*. Madrid: Alianza Editorial, SA: 107 y ss.

nión ya expresada por diversos autores, y que en su momento podía parecer aventurada, según la cual, "El tiempo ha ido configurando una realidad muy del gusto de quienes abogaban por un modelo de burocracia paternalista, anclada en los viejos usos de la reserva, al servicio de una ciudadanía menor de edad perpetua. Por eso se ha ido sacudiendo paulatinamente los molestos controles democráticos, recurriendo a las más depuradas fórmulas del cinismo hasta dejar convertido el mandato constitucional en mera expresión de intenciones."(Alberch, R.; Cruz, J. R.,1999: 108).

5.4.2. Condicionamientos específicos sectoriales en el nivel local: tensión entre las exigencias de los derechos de autor y los de acceso a la documentación en la gestión de los contenidos y de los flujos informativos en las administraciones públicas

En el marco del contexto general descrito en el punto anterior, el objeto de la controversia planteada en torno a la colisión de los intereses de autores e investigadores debe delimitarse a los documentos o contenidos producidos fuera del marco de la función pública y de la acción política de gobierno que reúnen los mínimos de creatividad ("originalidad") exigidos por el TRLPI para ser susceptibles de protección bajo su amparo.

La gestión no lucrativa de los archivos públicos locales entra de lleno en el catálogo de excepciones previstas legalmente a los derechos de explotación económica por parte de los autores de las obras en ellos custodiadas (TRLPI, artículo 37), excepción que permite la reproducción solicitada para fines de investigación y el préstamo sin necesidad de autorización, y ello en el bien entendido de que adoptamos un concepto amplio de "investigador", que comprende desde el historiador profesional hasta el periodista de investigación o el simple reportero de un medio de comunicación local. Ello no obstante, la misma ley ha tenido que salir al paso de la visión excesivamente patrimonialista que los derechohabientes de los autores exhiben a la muerte o declaración de fallecimiento de éstos sobre la explotación de sus obras, mediante el establecimiento de otra excepción a aquellos derechos que no es sino una aplicación sectorial del principio general privatista de interdicción del abuso antisocial de derecho: si aquéllos ejerciesen su derecho a la no-divulgación de la obra en condiciones que vulneren el principio rector constitucional del derecho de todos al acceso a la cultura (CE, artículo 44), las corporaciones locales, o sus instituciones públicas de carácter cultural u otras personas con interés legítimo, podrán instar del juez las medidas adecuadas de protección del interés general.

Es ya por desgracia un referente histórico sin herencia el informe sobre los archivos de la Unión Europea realizado hace una década bajo los auspicios de las instituciones comunitarias (Comisión Europea, 1994), entre cuyas recomendaciones conclusorias figuraba la propuesta de crear un grupo transnacional de expertos en derechos de autor y archiveros con la misión de analizar la disparidad de legislaciones de los estados miembros de la Unión Europea en esta materia y de realizar propuestas de armonización normativa centradas en la necesidad de conciliar los intereses de los autores y los de los ciudadanos interesados en la consulta de los documentos. Tal iniciativa de coordinación se perdió lamentablemente en los intrincados laberintos eurocráticos y sólo ha conocido concreciones más tarde y a un nivel local en el meritorio trabajo de elaboración de formularios contractuales tipo de cesión de derechos de explotación realizado más recientemente por un grupo de archiveros locales catalanes (Boadas *et al.*, 1998).

6.Reflexiones finales

Más allá del mero ejercicio descriptivo del tratamiento legal en nuestro ordenamiento jurídico local de las relaciones electrónicas y del estudio de sus requerimientos de gestión, el análisis valorativo de este régimen jurídico necesita previamente una contextualización institucional y normativa clara. La configuración material efectuada en este sentido ha partido de las consecuencias jurídicas del llamado paradigma del *informacionalismo* para el operador público local, abocado a gestionar cotidianamente en primera línea la conflictividad de derechos e intereses en una realidad social que no entiende de anacronismos en los textos legales que la rigen, y se ha centrado en el análisis de una panorámica general de la aplicación de las TIC por las administraciones públicas, de la normativa que regula su actividad y de los factores que caracterizan con perfiles singulares los gobiernos y las administraciones locales.

Con estas premisas, los operadores públicos locales implicados, como agentes del mercado de la información, en la gestión de documentos en todas sus fases (activa, semiactiva e inactivo-histórica), asisten a la paradoja de constatar, de un lado, las grandes posibilidades técnicas ofrecidas en este mercado por la introducción de las TIC, y, de otro, las obvias limitaciones impuestas por una legislación que, obedeciendo a principios, exigencias y objetivos diferentes, todos ellos legítimos, se muestra a veces contradictoria, forzando equilibrios bastante difíciles. En este sentido, se puede consignar una serie nada desdeñable de tensiones que conforman el último escollo respecto a la plenitud de la seguridad jurídica en el ejercicio de las funciones de los operadores mencionados.

En el plano instrumental, queda pendiente la clarificación de los parámetros mínimos de servicio público y de reconocimiento mutuo en el mercado de la certificación digital que no ha sido resuelto ni por el Real decreto ley 14/1999, ni por la L 59/2003, de firma electrónica.

Esta tarea es tanto o más urgente en la agenda de los poderes públicos si se recuerda que la firma electrónica es la piedra de toque de todo el sistema del procedimiento administrativo electrónico, como materialización de los requisitos legales básicos para la validez jurídica de sus manifestaciones.

En el plano material, el operador público local en cuestión se encuentra sometido a una creciente responsabilización y constreñido, incluso mediante mecanismos de coerción jurídica en los respectivos regímenes sancionadores, justo en medio de un triángulo de exigencias legales centrífugas que no siempre son de fácil conciliación: es así como un mismo documento, fichero o base de datos puede ser a la vez objeto de los imperativos de conservación (interés histórico, científico y cultural), de acceso por terceros (transparencia administrativa), al tiempo que de los de confidencialidad, reserva patrimonial, secreto, y, en último extremo, de cancelación (privacidad, propiedad intelectual e industrial, secreto empresarial y defensa de la competencia en el marco de la economía de mercado).

Este peculiar triángulo se desequilibra por el mayor nivel de exigencia en su tercer lado, hijo de un movimiento exagerado de péndulo en la relación entre el ser y el deber ser de la actividad reguladora: por una parte, el abuso lucrativo de mercantilización de la privacidad de los ciudadanos en que ha incurrido el sector de la mercadotecnia a caballo de los avances informáticos, tanto desde las instancias privadas como públicas, ha provocado una reacción, por el extremo opuesto, plasmada en la adopción de una legislación protectora de los datos personales de inspiración reconocidamente maximalista; por otra parte, se puede constatar el mismo contraste evolutivo pendular entre una tradición histórica continuada de ignorancia, cuando no menosprecio, de los valores inherentes a la investigación y a su corolario de creación técnica e intelectual, y el reciente establecimiento de una normativa de signo claramente tuitivo de los autores de obras acreedoras de derechos de propiedad incorporal intelectual o industrial. En ambos casos se detectan rigideces operativas en el plano de su despliegue institucional que son a superar en pro de la mejor consecución de sus propios fines.

7. Bibliografía

Agencia de Protección de Datos. *Memoria 2001*. Madrid: Agencia de Protección de Datos, 2002.

Agencia de Protección de Datos. *Memoria 2002*. Madrid: Agencia de Protección de Datos, 2003.

Alberch, Ramón y Cruz, José Ramón. 1999. *¡Archívese! Los documentos del poder, el poder de los documentos*. Madrid: Alianza Editorial: 107 y ss.

Alonso, Diana. 1997. "La aplicación de la Directiva europea de protección de datos en España: reformas necesarias en la LORTAD". Encuentros sobre Informática y Derecho (1996-1997). Universidad Pontificia de Comillas. Facultad de Derecho, Instituto de Informática Jurídica, Madrid: Aranzadi.

Amadeo, S. L. 2001. *Informática y Nuevas Tecnologías.* Madrid: La Ley.

Aparicio, J. 2000. *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.* Navarra: Aranzadi.

Arnaldo, E., y Delgado-Iribarren, M. 1999. *Código Electoral.* Madrid: El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

Baena del Alcázar, M. 1988. *Curso de Ciencia de la Administración*. 2a. ed. Madrid: Tecnos.

Boadas, Joan, *et al.*, 1998. *Patrimoni cultural i drets d'autor: Instruments per a la seva gestió.* Girona: Ed. Ajuntament de Girona, Col·lecció "Textos i Documents", 8.

Castells, M. 1997. *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Volumen I. La sociedad red*. Madrid: Alianza Editorial.

Castells, M. 2003. "La interacció entre les tecnologies de la informació i la comunicació i la societat xarxa: un procés de canvi històric", *Coneixement i Societat. Revista d'Universitats, Recerca i Societat de la Informació. Generalitat de Catalunya*, 01: 8-21.

Chacón, L., y Cortés, C. 2002. *Manual de Procedimientos y Formularios de Organización Municipal, Potestad Reglamentaria y Régimen Jurídico.* Barcelona: Editorial Bayer Hnos.

Cobo Olvera, T. 2002. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*. 2.ª edición. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Comisión Europea, 1994. *Los archivos de la Unión Europea. Informe del grupo de expertos sobre los problemas de coordinación en materia de archivos*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (OPOCE).

Cremades, J. 2000. *Telecomunicaciones: 1000 Conceptos Básicos.* Madrid: La Ley.

Davara, M. A. 2000. "Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter persona". *Actividad Informática Aranzadi*, enero.

Del Caño Gil, M. C. y Turmo Blanco, C. 2002. "El registro telemático en el Ministerio de Ciencia y Tecnología". *Ponencia presentada en VII jornadas sobre tecnologías de la información para la modernización de las Administraciones públicas. A Coruña.*

Del Peso, E y Ramos, M. A. 1994. *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*. Madrid: Díaz de Santos.

Diputació de Barcelona, 2003. *Guia de serveis*. Barcelona.

"E-España 2002. Informe anual sobre el desarrollo de la Sociedad de la Información en España".2002. Madrid: Ed. Fundación Auna

Escobar, L. 2001. *Derecho de la Información.* Madrid: Dykinson.

Fernández López, J.M. 2000. "La nueva Ley de Protección de Datos. Su porqué y sus novedades principales". *Actividad Informática Aranzadi*, enero.

Freixas, G. 2001. *La Protección de Datos de Carácter Personal en el Derecho Español.* Barcelona: Bosch.

García de Entrerría, E., y Fernández, T. 2002. *Curso de Derecho Administrativo I*. 11ª edición. Madrid: Cívitas.

González Pérez, J., y González Navarro, F. 1999. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo (Ley 30/19992, de 26 de noviembre). Volumen I y II*. Madrid: Cívitas.

Guasch Marimón, J., J. L. Martínez-Alonso Camps, y A. Ortiz Villuendas. 2002. *"Marc Legal del Document Electrònic". Ponencia presentada en la preconferencia del DLM fórum 2002. Barcelona.*

Heredero, M. 1996. *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentarios y textos.* Barcelona: Tecnos.

Hernández González, F. L. 2002. *"Consideraciones jurídicas sobre la informatización de los procedimientos administrativos. La iniciación y terminación del procedimiento por vía telemática". Ponencia presentada en VII jornadas sobre tecnologías de la información para la modernización de las Administraciones públicas. A Coruña.*

Herrán, AI. 2002. *El Derecho a la Intimidad en la Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.* Madrid: Dykinson

Jordana, J., y D. Sancho. (Editores). 1999. *Políticas de telecomunicaciones en España.* Madrid: Tecnos.

Kuhn, T. 1977. *La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

"La norma ISO 15489. Informació i documentació. Gestió documental". 2002. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona

Magide Herrero, M. 2000 *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. INAP

Martínez-Alonso, J. L. 1998: "L'organització territorial i els governs locals a Catalunya." En: Caminal, M. i Matas, J., eds. *El sistema polític de Catalunya.* Barcelona: Tecnos/Ed. Universitat de Barcelona/S. Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.

Martínez-Alonso, J. L. 1998b. "La encomienda de la gestión informatizada de los padrones municipales de habitantes: un ejemplo de colaboración entre Administraciones públicas. *"Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 276: 151-177.

Martínez-Alonso, J. L. 1999. "El subsistema local; una proposta d'anàlisi amb vista al futur". *Revista de serveis personals*, núm. 11. CIFA/Patronat Flor de Maig de la Diputació de Barcelona.

Martínez-Alonso, J. L. 2000. "La población municipal". En: Mir, Josep (Director y coordinador): *Manual de Govern Local*. Barcelona: Federació de Municipis de Catalunya.

Martínez-Alonso, J. L. e Ysa, T. 2003. *Les personificacions instrumentals locals a Catalunya: organismes autònoms, consorcis, mancomunitats i societats públiques*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Col. Estudis, núm. 17. 2a. ed.

Martínez-Alonso, J. L. e Ysa, T. 2003: *Las personificaciones instrumentales locales en Cataluña: organismos autónomos, consorcios, mancomunidades y sociedades públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y Escola d'Administració Pública de Catalunya (EAPC). Madrid.

Matas, Josep, 2000. *El acceso a los documentos: un derecho democrático*. (Ponencia presentada al XIV Congreso Internacional de Archivos, celebrado en Sevilla, 18-20.09.2000).

Ministerio de Administraciones Públicas (MAP), 2003. *Propiedad intelectual de los programas de ordenador.* (medidas, recomendaciones y buenas prácticas contenidas, en fecha 31.7.2003, en la dirección http://www.csi.map.es/csi/propiedad/).

Morell Ocaña, L. 1998. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. El Derecho Administrativo y sus Fuentes. La Organización Administrativa y sus Medios*. 4ª edición. Pamplona: Aranzadi.

"MoReq: Modelo de Requisitos para la gestión de registros electrónicos". 2001. CECA –CEE– CEEA. Bruselas - Luxemburgo.

Muro i Bas, Xavier. 1998. "La Agencia de Protección de Datos". *RAP*, nº 147.

Otero Lastres, José Manuel, 2002. "La nueva Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001", *Revista Jurídica de Catalunya* 3/2002, 39-62.

Paricio Rallo, E. 2002. "L'Administració Pública i la protecció de dades". Ponencia presentada en el *Cicle de seminaris d'actualització jurídica local, 2002.* Barcelona, 28 de junio de 2002.

Pliego de Clàusulas Administrativas Generales aplicables a los contratos de Consultoría y asistencia, de servicios y de suministros, a otros contratos administrativos y a los privados de la Diputació de Barcelona (BOPB núm. 161 de 6.07.02, pp. 24-39).

Sánchez, A. 2001. *Internet y la Sociedad Europea de la Información: Implicaciones para los Ciudadanos.* Sevilla: Universidad de Sevilla.

Sanromà, M. 2002. "Una Administració Oberta" *Butlletí Informatiu de la STSI (Secretaria de Telecomunicacions i Societat de la Informació)*. Generalitat de Catalunya. núm. 4, 16.10.2002.

Serra Serra, J. 2001. "Gestión de los documentos digitales: estrategias para su conservación". *El profesional de la información, septiembre, V. 10, nº 9, 4-18.*

Serra Serra, J. 2002. "Estrategias de Preservación de Documentos electrónicos: El National archives and Records Administration y el Public Record Office". *Ponencia presentada en V Jornadas de Archivos electrónicos, Priego de Córdoba,14 y 15 de marzo de 2002.*

Sibina Tomás, D. 1999. "La implantació obligatòria, abans del 26 de març i 26 de juny de 2000, respectivament, de les mesures de seguretat de nivell bàsic i de nivell mitjà previstes en el reglament de mesures de seguretat dels fitxers automatitzats que continguin dades de caràcter personal, aprovat pel Reial decret 994/1999". *Quaderns de Dret Local*. Diputació de Barcelona. Barcelona, 23: 34-60.

Valero Torrijos, J. 2002. "El régimen jurídico de los registros administrativos telemáticos: algunas cuestiones problemáticas". *Ponencia presentada en VII jornadas sobre tecnologías de la información para la modernización de las Administraciones públicas.* A Coruña. 15, 16 y 17 de octubre.

Villaverde Menéndez, I. 2003. "Protección de datos personales y padrón municipal". Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona, 1: 89-104.

Villaverde Menéndez, I. 2003b. "Protección de datos personales y padrón municipal (II)". *Cuadernos de Derecho Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona, 3: 72-90.

Vizcaíno, M. 2001. *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.* Madrid: Civitas Ediciones.

INFORMES QDL

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.

Consulta de un ayuntamiento de la provincia de Ourense sobre los recursos administrativos interpuestos en relación con la concesión administrativa del servicio municipal de abastecimiento y saneamiento

Francisco Cacharro Gosende
Vicesecretario
de la Diputación de Ourense

Mediante escrito de la Alcaldía de un ayuntamiento de la provincia de Ourense se solicitó la emisión de un informe jurídico por el Servicio Provincial de Asistencia a Municipios y Entidades Locales de la Diputación en relación con dos recursos presentados en el procedimiento de concesión administrativa del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y saneamiento, en concreto:

a) Reclamación interpuesta por S... S.A contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 15 de julio de 2002, de elevación al Pleno de la propuesta de la adjudicación del concurso.

b) Recurso interpuesto por E... S.L. contra el acuerdo adoptado en el Pleno de 24 de julio de 2002.

Dado que se trata de recursos diferentes (dirigidos, incluso, contra distintos actos administrativos) se procederá a su análisis separado, tomando como antecedentes, en ambos casos, los que obran en el expediente de su razón.

De otra parte, no es posible obviar la existencia de una peculiar situación procedimental en el expediente objeto de consulta –derivada, fundamentalmente, del hecho de que el Pleno, en la sesión de 24 de julio, no llegó a adoptar ningún acuerdo propiamente dicho–, situación que como es lógico tiene una particular incidencia en los aspectos formales suscitados por los recursos o reclamaciones presentados (pudiendo afectar incluso a su calificación como tales), y que conviene aclarar previamente.

Por ello, y antes de proceder a analizar cada uno de dichos recursos, se realizarán unas consideraciones generales en cuanto a la situación procedimental en que se encuentra el expediente de contratación.

1. Consideraciones previas sobre el procedimiento de contratación

Los procedimientos de contratación son procedimientos administrativos de carácter competitivo o concurrencial, cuya finalidad es la de la selección de un contratista conforme a los principios que disciplinan la contratación pública (igualdad, libre concurrencia, publicidad). Estos procedimientos gozan de una regulación específica en la legislación de contratos (Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), y su normativa de desarrollo, fundamentalmente el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas aprobado por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGCAP). A estas normas, lógicamente, y para el supuesto que la Administración contratante sea una de las entidades que integran la Administración local, habrán de añadirse las normas específicas –fundamentalmente, en cuestiones de competencia– que establezca la legislación propia del régimen local.

No obstante esta singular naturaleza y régimen, y con carácter supletorio –es decir: en caso de existencia de lagunas en su normación específica– el propio TRLCAP, en su disposición adicional 7.ª, prevé la posibilidad de aplicar a los procedimientos de contratación las normas generales de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

En el caso que nos ocupa –procedimiento abierto para la adjudicación mediante concurso de la concesión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y saneamiento del Ayuntamiento de Verín– se observa, al examinar el expediente, que su desarrollo resultó normal hasta el momento en que se sometió al órgano de contratación la propuesta de adjudicación elaborada por la Mesa. En ese momento, tal y como refleja el acta correspondiente, el Pleno no llegó a adjudicar el contrato, al no reunirse la mayoría cualificada exigida para ello por la legislación de régimen local. Claro que, a la vista del resultado de la votación en el Pleno (ocho votos a favor y ocho en contra, es decir, un empate, que el voto de calidad del alcalde no puede resolver) tampoco puede hablarse propiamente de un rechazo a la propuesta de la Mesa de Contratación (desde luego, no hay un rechazo explícito); más bien parece que existe una voluntad insuficiente (ocho votos a favor y el voto de calidad del alcalde, frente a ocho votos en contra) para adjudicarlo. Tampoco existió un acuerdo desistiendo de la contratación, ni un acuerdo expreso declarando desierto el concurso. Sencillamente, la propuesta no prosperó, y no se adoptó ningún acuerdo. Con posterioridad al 24 de julio, y a fecha de hoy, tampoco consta ningún nuevo acto respecto de este procedimiento.

En este sentido, el artículo 89 del TRLCAP establece un plazo máximo de adjudicación de tres meses desde la apertura de las proposiciones, salvo que el pliego establezca otro, como ocurre en este supuesto, en que, conforme a la cláusula 10.ª este plazo se reducía a dos meses, a contar igualmente desde la apertura pública de proposiciones. Teniendo en cuenta que la apertura tuvo

lugar el 20 de junio de 2002, el contrato tendría por tanto que haber sido adjudicado el 20 de agosto, lo que –como sabemos– no sucedió.

Lo cierto es que, aunque el TRLCAP establece un plazo máximo, reducible en el pliego, para la adjudicación del concurso, no prevé ninguna solución jurídica para el supuesto anómalo en que, transcurrido dicho plazo, la adjudicación no haya tenido lugar. Sí se prevé un efecto específico, en el artículo 89.2, al reconocer a los licitadores su derecho a retirar su proposición y a que se les cancele o devuelva la garantía constituida. Pero, a efectos de la resolución del procedimiento, la actual legislación de contratos guarda un absoluto silencio.

Existe, pues, una laguna normativa en torno a la que giran las preguntas que la falta de adjudicación suscita: ¿qué ocurre con el procedimiento de contratación?, ¿puede considerarse que sigue abierto indefinidamente, pese a la existencia de un plazo de resolución?, ¿puede resolverse todavía, en cualquier sentido?, ¿pueden ejercerse acciones o interponerse recursos contra esa falta de resolución?

Para responder a estas preguntas, nos vemos obligados a acudir –ante la laguna existente– a la normativa supletoria de procedimiento que, como ya se dijo, conforme a la disposición adicional 7.ª del TRLCAP no es otra que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Esta ley recoge, como es tradicional en nuestro Derecho administrativo, la obligación de la Administración de resolver "todos los procedimientos" y notificar dicha resolución cualquiera que sea la forma de iniciación del procedimiento (artículo 42.1 del LRJAP y del PAC). Frente a los incumplimientos de esta obligación, la solución que tradicionalmente daba nuestro Derecho era la producción de un silencio administrativo (de efecto estimatorio o desestimatorio de la pretensión, con diversa naturaleza en cada caso) en los procedimientos iniciados a instancia de parte, y la caducidad en los que se iniciaban de oficio. La tradicional regulación del silencio administrativo en la legislación general de procedimiento no contemplaba, por tanto, la operatividad de esta figura más que en los casos de procedimientos iniciados a instancia de parte, mientras que, en general, en los procedimientos iniciados de oficio, el efecto jurídico de la falta de resolución en plazo era la caducidad del procedimiento. Esta solución –técnicamente impecable para los procedimientos de oficio de los que no iban a derivar derechos o situaciones jurídicas beneficiosas para los interesados (por ejemplo, procedimientos sancionadores)– se revelaba por completo inadecuada en los procedimientos que, pese a iniciarse de oficio, tenían como resolución normal un acto declarando u otorgando derechos (por ejemplo, procedimientos de contratación o de selección de personal). En el caso de los procedimientos de contratación de la Administración local, empero, existía una solución específica, contenida en el artículo 44 del viejo Reglamento de contratación de las corporaciones locales de 1953, que consideraba que, en los casos en que no se resolviese sobre la adjudicación del contrato en plazo, dicha falta de resolución tendría el efecto equivalente a declarar desierto el procedimiento. Lamentablemente, el RCCL de 1953 fue derogado en su día por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sin que esta ley posterior recogiese una solución equivalente.

A día de hoy, la situación ha cambiado por obra de la reciente reforma de la LRJAP y el PAC, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la cual dio nueva redacción al artículo 44, dando entrada a la producción del silencio en los casos de falta de resolución expresa en plazo, "en los casos de procedimientos –iniciados de oficio– de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas". En estos casos –sigue diciendo el artículo 44 del LRJAP y del PAC– "los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo".

Trasladada esta norma a los procedimientos de contratación –que, evidentemente, son procedimientos de oficio de los que puede derivar la constitución de una situación jurídica individualizada como contratista– nos encontramos con que la falta de resolución en plazo produce el efecto de que los licitadores podrán entender desestimada por silencio su pretensión de ser adjudicatarios.

En el caso que nos ocupa, aplicando las normas reseñadas nos encontramos con que al no existir resolución del Pleno, el 20 de agosto de 2002 se produjo un silencio administrativo, con efecto desestimatorio de las pretensiones de los licitadores (lógicamente, la pretensión de cada uno de ellos era que se les adjudicase el contrato). Podemos hablar, por consiguiente, de un silencio negativo cuyo efecto material es la no-adjudicación a ningún licitador del contrato. Formalmente, por tanto, es un silencio administrativo, aunque materialmente, el efecto producido parezca similar a una declaración como desierto del concurso. Existe, sin embargo, una diferencia con lo que sería un acto –expreso o presunto, como preveía el viejo RCCL de 1953– declarativo de concurso desierto y esta desestimación presunta de todas las proposiciones. Esta diferencia consiste, a nuestro entender, en que la mera desestimación presunta no impide a la Administración resolver extemporáneamente el procedimiento [sin vinculación con el sentido previo del silencio, conforme al artículo 43.4.b) de la LRJAP y el PAC, que consideramos perfectamente aplicable a los procedimientos de oficio, por analogía, ante el silencio del artículo 44] teniendo, esta desestimación presunta, no el carácter de un verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento, sino el de una mera ficción

legal a "los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente" (artículo 43.3 de la LRJAP y el PAC, de nuevo analógicamente aplicable a los supuestos del artículo 44); en cambio, si el efecto del silencio fuese el de declarar desierto el concurso (como ocurría bajo la vigencia del RCCL de 1953) constituiría, de modo análogo a como sucede con los silencios estimatorios, un verdadero acto, y por tanto, el procedimiento estaría concluido administrativamente –no ya de un modo ficticio, para posibilitar un recurso, sino realmente concluido– y la Administración no podría adoptar una resolución extemporánea.

Nos encontramos, por tanto, frente a un silencio administrativo, con el efecto de rechazar las pretensiones de los licitadores, que constituye una ficción legal destinada, precisamente, a posibilitar la interposición de recursos. Interesa recalcar que ese silencio no se produjo en la sesión plenaria del 24 de julio, sino más tarde, al vencer el plazo previsto de resolución, el 20 de agosto. Este dato tiene particular importancia a la hora de determinar el plazo en que debieron interponerse los recursos, y no resulta desvirtuado por el hecho de que el ayuntamiento notificase la falta de acuerdo producida el 24 de julio, concediendo plazos de recurso desde esa fecha (seguramente, bajo la interpretación, bienintencionada pero incorrecta a nuestro entender, de que lo que se había producido era un acto implícito de rechazo de la propuesta de la Mesa, acto que, en todo caso, aunque se hubiese producido, no habría podido poner fin a la vía administrativa, al no haber concluido el plazo para resolver, y que –de existir– constituiría un peculiar acto de trámite atípico en un procedimiento de contratación).

En resumen: el procedimiento de contratación no ha sido resuelto, por lo que, con fecha de 20 de agosto de 2002, se produjo un silencio administrativo con efecto desestimatorio de las pretensiones de los licitadores, silencio frente al que cabe interponer los recursos previstos en la Ley, sin perjuicio de que en cualquier momento el Ayuntamiento pueda resolver todavía el procedimiento, sin estar vinculado por el sentido negativo del silencio previo.

Hechas estas precisiones, podemos pasar a analizar cada uno de los recursos interpuestos.

2. Reclamación interpuesta por S... S.A. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 14 de julio de 2002

2.1. Calificación del recurso. Competencia y procedimiento

El escrito de S... S.A. se presentó en el registro general de entrada de documentos del Ayuntamiento de Verín el 25 de septiembre de 2002. En dicho escrito se solicita que "se acuerde la revisión de las actuaciones practicadas por la Mesa de Contratación en el presente expediente de contratación, retrotrayendo en consecuencia las actuaciones al momento anterior de la admisión a trámite y valoración de las ofertas presentadas al concurso", solicitando, además, la suspensión del acto administrativo recurrido al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJAP y el PAC.

Antes de entrar a valorar las cuestiones de fondo planteadas en dicho escrito, resulta preciso calificar jurídicamente el tipo de recurso presentado, con el objeto de determinar su régimen formal de tramitación y resolución.

Del propio escrito se deduce claramente que la voluntad declarada de su autor es la de impugnar un acto administrativo (en el propio "otrosí digo" se pide la suspensión del "acto administrativo recurrido"), y que dicho acto no es otro que el de valoración de ofertas y propuesta de contratación, adoptado por la Mesa.

A este respecto, lo primero que hay que advertir es que el acuerdo de la Mesa no constituye una resolución, sino un mero acto de trámite, preparatorio de dicha resolución, que corresponde al órgano de contratación (en este caso, el Pleno). Como es sabido, la regla general en materia de recursos es que éstos sólo pueden interponerse contra las resoluciones, y los actos de trámite no son recurribles (pudiendo alegarse la oposición a dichos actos, para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, conforme al artículo 107.1 de la LRJAP y PAC). No obstante, son también recurribles los llamados actos de trámite cualificados, definidos en el propio artículo 107 citado como aquellos 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".

Debe examinarse, por tanto, si la propuesta de la Mesa de Contratación puede considerarse como un acto de trámite cualificado. Creemos que no, porque ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento (de hecho, posibilita su continuación) ni produce indefensión o perjuicios irreparables (el órgano de contratación puede, en caso de infracción legal en la propuesta, apartarse de ella, como veremos). Más discutible podría aparecer la afirmación de que la Mesa no decide ni directa ni indirectamente el fondo del asunto. Ciertamente, esta última categoría de actos de trámite cualificados –que constituye una novedad, a nuestro juicio poco afortunada, de la Ley 4/1999– plantea no pocos problemas de interpretación: de una parte, si un acto de trámite decide directamente el fondo del asunto, difícilmente puede considerarse un acto de trámite,

y prácticamente vendría a identificarse con la resolución.[1] En cuanto a la decisión indirecta, parece que debe interpretarse con cautela, ya que una interpretación demasiado amplia podría llevar a pensar que cualquier acto instructorio –que aporta elementos de juicio al órgano que va a resolver– de alguna manera contribuye a formar la decisión de dicho órgano, y, por tanto, indirectamente, decide, y sería recurrible. Fácilmente se comprende que una lectura tan amplia es absurda, y debe rechazarse. Parece lógico pensar que debe hacerse una interpretación estricta, considerando que el verbo "decidir" implica la existencia de una voluntad vinculante para el órgano que resuelve, ya sea directa o indirectamente. Creemos que este caso no es el de la propuesta de la Mesa de Contratación, que en sí misma considerada no vincula en modo alguno al órgano de contratación (de hecho, la propuesta de la Mesa "no crea derecho alguno" a favor de los licitadores, conforme al artículo 82.2 del TRLCAP, y el órgano de contratación es realmente el que decide, aunque tenga que tener en cuenta la propuesta de la Mesa). Cuestión distinta es que –como veremos– si la propuesta de la Mesa recoge la realidad de las ofertas y aplica correctamente los criterios del pliego, el órgano de contratación no pueda válidamente apartarse de ella; pero esto no se produce porque la Mesa vincule al Pleno de la corporación, pues lo que en estos casos en realidad vincula al Pleno es la realidad de los hechos, la legalidad vigente y los criterios del pliego de cláusulas que el propio Pleno aprobó y que la Mesa se limita a aplicar.

No estamos, pues, ante un acto de trámite cualificado, y por tanto no cabe recurso contra el mismo, lo que, en principio nos llevaría a proponer la inadmisión a trámite del recurso de S... S.A.

No cabe olvidar, sin embargo, que la normativa sobre contratación prevé un procedimiento ordinario de reacción contra la propuesta de la Mesa, consistente –conforme prevé el artículo 87 del RGCAP– en la formulación de observaciones o reservas contra su propuesta, que serán resueltas por el órgano de contratación al resolver el procedimiento.

Partiendo, pues, de esta previsión normativa del artículo 87 del RGCAP, y teniendo en cuenta que en realidad el procedimiento no ha sido todavía resuelto, creemos que debe considerarse que, si bien no resulta admisible la tramitación como recurso *strictu sensu* del escrito de S... S.A. podría tramitarse perfectamente como una reclamación contra el acuerdo de la Mesa de Contratación, y ser resuelto por el Pleno –que, aunque se haya producido un silencio negativo, puede y debe resolver expresamente el procedimiento–. Todo ello, en virtud del principio *pro actione* y en aplicación de lo previsto en el artículo 110.2 de la LRJAP y el PAC, conforme al cual "el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter".

En estos términos, procede entrar a examinar las alegaciones de fondo contenidas en dicho escrito de reclamación.

2.2. Contenido de la reclamación de S... S.A.

En su reclamación, S... S.A. alega que ha existido un error de interpretación por parte de la Mesa de Contratación al apreciar la concurrencia de tres motivos de exclusión de su oferta, por no ajustarse al pliego de condiciones, error que a su entender se habría podido subsanar si se hubiese realizado un trámite de aclaración del contenido de las ofertas.

Sin embargo, y tras analizar la argumentación que despliega para demostrar la existencia de tales "errores" de la Mesa, nos encontramos con que, curiosamente, sus aclaraciones no hacen más que confirmar que, en realidad, la Mesa entendió a la perfección el contenido de su oferta, y aplicó correctamente los criterios del pliego, los cuales eran determinantes de la exclusión de dicha oferta.

En efecto, los motivos de exclusión apreciados eran tres, consistentes, en todos los casos, en la introducción en el contrato de prestaciones no previstas en el pliego y extrañas al ámbito del servicio concedido, constitutivas por ende de una variante legalmente inadmisible. Dichas variantes eran las siguientes:

–La oferta de prestación del servicio de mantenimiento de contadores y cobro de una tarifa por tal servicio.

–La ejecución material de acometidas y enganches a la red desde el primer año de la concesión, percibiendo igualmente un precio por ello.

–La realización de trabajos diversos en la red, que incluyen limpieza de fosas sépticas, recibiendo igualmente una contraprestación económica por ello.

Es obvio que estos servicios no forman parte del objeto del contrato que se licitaba, tal y como se definía en el pliego. En efecto, de acuerdo con la cláusula 1.ª del pliego, el objeto comprendía, para el abastecimiento de agua, "la captación, la conducción, el tratamiento, la depuración, el depósito y la distribución de agua potable hasta los domicilios de los usuarios, a través tanto de las actuales instalaciones municipales como de las futuras ampliaciones y mejoras que experimenten las mismas durante el período de la concesión", prestación que además incluiría, conforme especificaba la letra c), "la

1. Un posible supuesto sería la propuesta de nombramiento de un funcionario de habilitación nacional en un concurso ordinario, acordada por el Pleno; la formalización del nombramiento le corresponde a la Dirección General de Administración Local, pero no es más que a los efectos de coordinación (si un funcionario ha sido propuesto por varias entidades locales, la dirección general lo nombra para aquella que el funcionario prefiera).

gestión administrativa del servicio" (apartado 1.º), "la realización de las obras de conservación, mantenimiento, reparación o reposición de todos los elementos materiales e instalaciones afectos al servicio" (apartado 2.º) y "la realización de todas las tareas técnicas de control y mantenimiento necesarias para garantizar la continuidad y calidad en la prestación del servicio" (apartado 3.º), todo ello lógicamente, y tal y como la cláusula 2.f) recuerda, con sujeción a la reglamentación del servicio, que se incluyó como anexo al pliego (y que S... S.A., por tanto, conocía). Pues bien: ni el mantenimiento de contadores, ni tampoco la realización de las obras de acometidas nuevas (que no son obras de conservación, reparación, mantenimiento o reposición) forman parte de las actividades del servicio de abastecimiento, en la definición acotada por el pliego. Por si esto no fuese bastante, el reglamento municipal vigente excluye estos servicios de la competencia municipal, considerando que los contadores –de propiedad privada– deben mantenerlos los propietarios, y que las acometidas –como obras de urbanización– corresponden a los promotores, tal y como por lo demás establece la legislación urbanística.

Frente a esta evidencia, ninguna fuerza pueden tener los argumentos que S... S.A. aporta: no se trata de discutir si la realización del mantenimiento de contadores por la concesionaria del agua sería o no mejor que el sistema actualmente existente, ni que en otros municipios el mantenimiento lo asuma la concesionaria. Sencillamente, en el municipio de Verín y en el objeto del concurso convocado no se incluye esta prestación, por lo que la oferta de S... S.A. constituye una variante no autorizada, que, legalmente, sólo puede ser rechazada, en aplicación del artículo 87 del TRLCAP. En lo que se refiere a la ejecución material de acometidas y enganches en la red, cabría decir otro tanto: la ejecución de esas obras corresponde a los promotores, sin que la actual tasa por derechos de acometida o enganche corresponda al precio de ejecución de obra alguna, siendo una tasa que grava la conexión a la red pública preexistente, lo que constituye un hecho imponible totalmente distinto.

En cuanto al saneamiento, el pliego lo define como "la conducción de las aguas residuales y pluviales hasta su entrada en la estación depuradora de aguas residuales, a través tanto de las instalaciones actuales como de las ampliaciones o mejoras futuras de las mismas durante el tiempo de la concesión", especificando, del mismo modo que para el servicio de abastecimiento, la inclusión de la gestión administrativa, las obras de conservación, mantenimiento, reparación y reposición y las tareas técnicas de control y mantenimiento relativas a dicho servicio. Esta definición excluye con total claridad un servicio como la limpieza de fosas sépticas, que no puede considerarse una tarea técnica de control y mantenimiento de las conducciones de aguas residuales y pluviales hasta la EDAR. Es decir: las tareas de control y mantenimiento se refieren exclusivamente al servicio concedido, y el servicio concedido comprende la conducción de las aguas residuales y pluviales hasta la EDAR, conducción que, en el caso de las fosas sépticas –que precisamente sirven a los vecinos que no están conectados a las redes de saneamiento y no figuran en los correspondiente padrones tributarios– sencillamente no se produce. Las afirmaciones que efectúa S... S.A. en el folio 5 de su reclamación, acerca de que la Mesa ha contrariado la letra y el espíritu del pliego, no constituyen, pues, sino un puro sofisma, que no sin cierta temeridad la reclamante adorna con el calificativo –absolutamente impertinente– de "arbitraria" aplicado a la interpretación de la Mesa, totalmente correcta, como se vio. En ningún momento la Mesa contradice la letra del pliego, en cuya lectura torticera pretende S... S.A. amparar sus pretensiones.

A mayores, y por lo que se refiere a la limpieza de fosas sépticas, argumenta S... S.A. que dicha labor viene siendo realizada por la empresa concesionaria del servicio de la EDAR, y se permite recordar al Pleno que "en el concurso convocado en su día para la adjudicación de la EDAR no se contemplaba como parte objeto del contrato la limpieza de fosas sépticas, sino que fue la empresa que resultó finalmente adjudicataria del mismo, Esconsu, S.L., la que incluyó en su oferta como una mejora la realización de dichas actividades". Este argumento –que parece querer sugerir que no habría problema en añadir al objeto del contrato de abastecimiento el servicio de limpieza de fosas, como se hizo en el concurso de la EDAR– constituye un nuevo ejemplo de sofisma, apoyado en falsedades y tergiversaciones, cuyo origen tanto podría ser imputado a la ignorancia como a la mala fe, dado que S... S.A. participó también en aquella licitación, y no parece que una empresa del prestigio y volumen de la reclamante pueda ignorar cuestiones elementales en materia de contratación pública. En efecto, el pliego del concurso de la EDAR autorizaba expresamente la oferta de mejoras, entre las que se incluía la limpieza de fosas sépticas, mejoras que, de ser aceptadas, se incorporan naturalmente al objeto del contrato. Por supuesto, como tales mejoras, su rasgo esencial es la gratuidad, esto es, su prestación sin incremento del precio global del contrato y sin repercutir tarifas a los usuarios. Ninguna de estas condiciones –establecidas en el pliego de la EDAR y cumplimentadas en la oferta de la actual concesionaria de dicho servicio– se producen respecto de la limpieza de fosas sépticas en el pliego del servicio de agua y saneamiento ni en la oferta de S... S.A. Así, en cuanto a las mejoras, el pliego del servicio del agua (cláusula 2.ª.C.11) sólo autorizaba ofertar mejoras consistentes en "obras de reforma o ampliación de la infraestructura de los servicios concedidos" (concepto en el que desde luego no cabe la lim-

pieza de fosas sépticas); para colmo, la oferta de S... S.A. incluye el cobro de cantidades por las limpiezas de fosas, esto es: la prestación que ofrece no es una mejora del contrato, por lo que en modo alguno puede incorporarse a su objeto. Por último, y en lo que se refiere a este apartado, S... S.A. dice tener conocimiento de que "ese ayuntamiento está tramitando un expediente para rescindir el contrato que tiene suscrito con la adjudicataria del servicio" de la EDAR. En relación con esta afirmación, este servicio de asistencia sólo puede contestar que, formulada consulta verbal a la Secretaría General del ayuntamiento, se nos informó de que no existía tal expediente de rescisión.

Por consiguiente, la oferta de S... S.A. constituye una variante al contrato licitado, variante que el pliego no sólo no admite sino que expresamente prohíbe (cláusula 8.ª.4), y por ende debe ser rechazada conforme al artículo 87 del TRLCAP.

Ciertamente, cabría argumentar frente a esta conclusión que las tres prestaciones a que nos referimos no fueron ofrecidas por S... S.A. al ayuntamiento con carácter obligatorio: por ejemplo, que S... S.A. no pretenda monopolizar el mantenimiento de contadores, la ejecución material de acometidas o la limpieza de fosas sépticas, sino que, simplemente, se ofrece a realizar estos servicios a mayores, o a "brindar la posibilidad" de asumirlos, a cambio de un precio cierto, sin comprometer al ayuntamiento a usar estos servicios, que por tanto serían ajenos al contrato y no lo modificarían. Ciertamente, nada impediría a la concesionaria del servicio realizar estos trabajos al margen del contrato de gestión que tuviese con el ayuntamiento, amparándose en la libertad de empresa: cualquier particular, por ejemplo, podría dirigirse a la concesionaria (o a cualquier otra empresa) para encargarle el mantenimiento del contador. Sí, pero sucede que, en este caso, S... S.A. introdujo –como acertadamente observó la Mesa de Contratación, que actuó en este expediente con un rigor creemos que exhaustivo– los ingresos por estas prestaciones en el estudio económico de la concesión que justificaba su oferta. Esto significa que, aunque se alegase que estas prestaciones no forman parte del contrato, lo cierto es que los ingresos por las mismas se introdujeron en la ecuación económica de dicho contrato plasmada en el estudio de costes. Si –coherentemente con su exclusión de la estructura obligacional del contrato, y con la imprevisibilidad de su cuantía (ya que, como ejemplifica el caso del mantenimiento de contadores, su montante se ha calculado partiendo de la hipótesis de que todos los usuarios pagasen la tarifa, hipótesis irreal si supusiésemos que el usuario pudiese elegir entre hacer el mantenimiento con S... S.A. o con cualquier fontanero de la villa)– excluyésemos esos ingresos del estudio, nos encontraríamos con que la ecuación económica de la concesión se vería totalmente alterada, con lo que todo el resto de su oferta se vería trastocado y resultaría irreal. En suma: si estas prestaciones ajenas al contrato fuesen consideradas no como variantes del mismo, sino como prestaciones libres, externas a su estructura, no deberían haber sido recogidas en el estudio económico. El hecho, sin embargo, es que fueron incluidas, lo que, una de dos, o desacredita el estudio y por tanto la viabilidad de la oferta completa, o bien nos obliga a considerarlas dentro del contrato, incurriendo, en fin, en el supuesto de variante prohibida por el pliego. En cualquiera de los dos casos, la conclusión es la misma: la exclusión de la oferta de S... S.A. por parte de la Mesa de Contratación fue totalmente correcta.

En conclusión, la reclamación de S... S.A. no puede sino ser rechazada, y con ello su petición de que el Pleno acuerde revisar las actuaciones de la Mesa, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la admisión a trámite y valoración de las ofertas –petición que, en todo caso, no nos parece tampoco correcta desde el punto de vista formal, ya que entendemos que la Mesa es un órgano técnico de apoyo con autonomía funcional, que no se sujeta a dependencia jerárquica del Pleno–; el Pleno podrá –si aprecia en ella infracción del ordenamiento jurídico– apartarse de la propuesta de la Mesa a la hora de adjudicar el contrato (o, en caso de que la propuesta estuviese incompleta o contuviese deficiencias, pedir que se subsanase). Pero en modo alguno podrá el Pleno imponer a la Mesa su particular criterio y ordenar hacer una valoración distinta a la efectuada (la Mesa podría, perfectamente, ratificarse en su propuesta inicial y reenviarla al Pleno, que lo que debe hacer, si no está de acuerdo, es resolver directamente conforme a su propio criterio y bajo la exclusiva responsabilidad de sus miembros integrantes).

En cuanto a la petición de suspensión de los efectos de la propuesta de la Mesa, y dado que este acto de trámite no tiene por sí solo ningún efecto jurídico frente a terceros, estimamos que debe reputarse como improcedente; de adjudicarse el contrato a otra empresa, lo será por decisión del Pleno. Por ello, no procede tampoco estimar la petición de suspensión cautelar, cuya necesidad, en todo caso, desaparecerá con la resolución de la reclamación.

3. Recurso de reposición interpuesto por E... S.L. contra la falta de adjudicación de la concesión

3.1. Calificación del recurso. Competencia y procedimiento

Con posterioridad al Pleno de 24 de julio, la empresa E... S.L. presentó dos escritos ante el Ayuntamiento, con el contenido siguiente:

1.º) Un primer escrito, presentado en fecha 2 de septiembre en la oficina de Correos (con entrada en el ayuntamiento el 4 de septiembre de 2002), con el siguiente contenido:

–En primer lugar, petición de que se formalizase el contrato con dicha mercantil, por considerar que ya se les había adjudicado.

–En segundo lugar, subsidiariamente, que se le notificase en forma –es decir, con el texto íntegro de la "resolución", en lo que parece una referencia al resumen del debate plenario reflejado en acta– el "acuerdo" del Pleno de 24 de julio.

–En tercer lugar, y subsidiariamente también (es decir, para el caso de que no se entendiese como adjudicado el contrato en su favor) interponía recurso de reposición contra el "acuerdo" de 24 de julio de 2002, sin perjuicio de complementarlo cuando se le notificase "en forma" el "acuerdo" impugnado.

2º) Un segundo escrito –presentado en Correos el 25 de septiembre, con entrada el 27– que complementa los argumentos del recurso de reposición.

Existe, pues, un triple contenido (dos peticiones y un recurso) en estos dos escritos. Al respecto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

–En cuanto a la petición de que se le comunicase el contenido del debate plenario del 24 de julio, en su integridad, tal pretensión ha sido ya satisfecha, no procediendo ningún comentario al respecto.

–En cuanto a su petición de formalización del contrato, entendemos que la misma sería formalmente coherente con la inactividad del ayuntamiento al respecto, y que –dado que la competencia específica para formalizar el contrato corresponde al alcalde– puede ser resuelta por éste.

–En cuanto al recurso de reposición: si bien formalmente se dirige contra el "acuerdo" de 24 de julio –probablemente, por la inercia creada por el ofrecimiento de recursos en la notificación de lo que en realidad fue "falta de acuerdo"– y partiendo de la inexistencia de dicho acuerdo y de su reconducción (conforme se argumentó en la consideración previa de este dictamen) a un silencio administrativo, entendemos que debe tramitarse como un recurso contra dicho silencio (teniendo en cuenta que lo que E... S.L. recurre es, precisamente, la no-adjudicación, es decir, el efecto desestimatorio propio del silencio), todo ello de nuevo en aplicación de lo previsto en el artículo 110.2 de la LRJAP y el PAC, conforme al cual "el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter". A estos efectos, debe advertirse que el plazo de interposición de un recurso de reposición se eleva a tres meses en el supuesto de actos presuntos (artículo 117.1 de la LRJAP y el PAC), por lo que no vencería hasta el 20 de noviembre, y, por tanto, los dos escritos presentados deben considerarse dentro de plazo. El órgano competente para la tramitación es, lógicamente, el Pleno. Aun cuando este recurso debiera estar resuelto expresamente desde el 27 de octubre, dada su fecha de presentación, y aunque se interponga contra un acto presunto, lo cierto es que nada impide su resolución extemporánea, ya que, a diferencia de lo que sucede en los casos de recursos de alzada contra actos presuntos, la falta de resolución en plazo del recurso tiene efectos igualmente negativos, y por ende, no vinculantes para la Administración.

Resueltas estas cuestiones formales previas, podemos pasar ya a analizar el fondo de las cuestiones planteadas por E... S.L.

3.2. Petición de formalización del contrato

En cuanto a esta petición, como dijimos debería ser resuelta por la Alcaldía, que es la que formaliza el contrato, en ejecución del correspondiente acuerdo plenario de adjudicación, que la formalización presupone.

E... S.L. basa su petición en el hecho de que la propuesta de la Mesa fue materialmente aprobada por el Pleno, mediante el voto de calidad de la Alcaldía, y que, por tanto, el contrato ya fue adjudicado. Según la empresa reclamante, este efecto se produciría aun cuando se requiriese mayoría absoluta, sin perjuicio de que el acuerdo estuviese viciado de anulabilidad, supuesto en el que la peticionaria entiende que sólo mediante su impugnación en proceso de lesividad podría ser anulado el acuerdo. En todo caso, añade que la mayoría absoluta no es exigible en este caso, punto en el que nos remite a la alegación 2.ª del recurso, donde en síntesis argumenta que en todo caso esa mayoría se exige para la aprobación del expediente de contratación o para la decisión de gestionar indirectamente el servicio, pero no para la adjudicación del contrato.

La argumentación precedente no puede sino rechazarse sin lugar a dudas, por los motivos siguientes:

1.º) Con respecto a la exigencia de mayoría absoluta, nos parece que ésta es indiscutible, dada la duración del contrato y su cuantía (que es, naturalmente, su cuantía acumulada, no la de la primera anualidad, pues la ley no especifica en este punto, y el contrato constituye una unidad, aunque se desarrolle en el tiempo, con un precio total igualmente unitario, resultante de la suma de las anualidades). En este sentido, y frente a la artificiosa argumentación del peticionario (artificiosa porque nada de lo que afirma se contiene y ni siquiera se deduce de las normas que cita) hay que decir que el artículo 47.3 de la Ley de bases del régimen local no distingue entre las distintas fases del procedimiento de contratación (expediente de contratación propiamente dicho, licitación y adjudicación) a la hora de imponer el quórum de mayo-

ría absoluta, discriminando unos actos frente a otros; por el contrario, la ley impone la mayoría absoluta "para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: [...] e) concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del 20% de los recursos ordinarios del presupuesto". En determinados apartados del artículo 47.3 se especifican actos o acuerdos concretos, pero en general la técnica legislativa utilizada –la que se refleja en la letra e)– es la de imponer esa mayoría en todos los "acuerdos" referidos a una "materia". En suma: la letra e) define una materia (determinadas concesiones administrativas, delimitadas por su duración y cuantía) en la cual todos los "acuerdos" (excluyendo, quizá, los actos de trámite, que de todos modos no corresponden al Pleno, sino al alcalde o a la Mesa de Contratación) se han de adoptar por mayoría absoluta: así, requieren esa mayoría tanto la aprobación del expediente de contratación como el acuerdo de adjudicación, pues ambos son auténticas resoluciones, que ponen fin a dos procedimientos distintos –el de elaboración del pliego y el de adjudicación del contrato (o a dos fases autónomas o piezas separadas de un único procedimiento complejo, esto es, indiferente). En cuanto a la decisión sobre la gestión del servicio, la exigencia de mayoría absoluta sólo se requiere [en un apartado distinto, la letra f) del artículo 47.3] en los supuestos de municipalización en régimen de monopolio, tratándose, en todo caso, de un acuerdo totalmente independiente del procedimiento de concesión, que no viene al caso traer aquí a colación. Ni que decir tiene que desde luego la resolución de recursos contra los acuerdos que exigen mayoría absoluta exige igualmente ese quórum.

El significado del artículo 47.3.e) de la LBRL es, por tanto, claro en sus propios términos, y la exigencia de mayoría absoluta, inequívoca.

2º) En cuanto al argumento de que, aunque se exija mayoría absoluta, el acuerdo se adoptó igualmente, aun siendo anulable, no podemos tampoco sino rechazarlo plenamente. En primer lugar, siendo la mayoría absoluta un requisito de producción del acto, éste no puede adoptarse válidamente, y por eso el presidente del Pleno –asistido aquí por el secretario– al proclamar el resultado de la votación, no consideró aprobado el dictamen de la Comisión Informativa, y así se reflejó en acta. No hubo, por tanto, acuerdo, y no consta ninguna manifestación contraria del propio Pleno (que aceptó este resultado al aprobarse el acta de la sesión en un Pleno posterior). El carácter estrictamente formal de la manifestación de voluntad de un órgano complejo como el Pleno hace que la inexistencia de quórum equivalga a lo que en una persona física sería la inexistencia de voluntad real. Faltando esa voluntad, no es que el acuerdo sea legal o no lo sea: es que no hay acuerdo.

Más aún, y en coherencia con lo anterior: en el supuesto de que –ilegalmente– los órganos del ayuntamiento considerasen adoptado el acuerdo, ignorando el vicio de legalidad de que adolecería, éste supuesto acuerdo no sería meramente anulable, como sostiene E... S.L., sino radicalmente nulo de pleno derecho, al haberse adoptado violando las reglas esenciales para la formación de la voluntad del Pleno [artículo 62.1.e) de la LRJAP y el PAC) entre las que, sin lugar a dudas, se encuentran las reglas sobre votación y quórum exigible (como se puede observar, la asignación por el ordenamiento de esta consecuencia jurídica –nulidad de pleno derecho, con efecto *ex tunc*, materialmente equivalente a la inexistencia del acto, y no meramente *ex nunc*– es perfectamente congruente con nuestra afirmación, unas líneas más arriba, de que en realidad no hubo ningún acuerdo).

Con base en los argumentos precedentes, entendemos que la Alcaldía debería negarse a acceder a la petición formulada por E... S.L., y que, por tanto, debe tenerse por interpuesto el recurso de reposición contra el silencio del Pleno, a cuyo análisis se consagra el apartado siguiente de este informe.

3.3. Recurso de reposición

El recurso de reposición, dirigido en realidad contra el silencio del Pleno, cuyo sentido se aparta de la propuesta de la Mesa de Contratación –con independencia de que se le denomine "acuerdo", siendo como es un acto presunto con carácter de ficción legal, precisamente a efectos de posibilitar su impugnación– se fundamenta en los siguientes argumentos:

1.º) Falta de exigencia legal de mayoría absoluta para la adjudicación.

2.º) Ausencia de motivación del acuerdo impugnado.

3.º) Incumplimiento del pliego de cláusulas, la aplicación de cuyos criterios obligaría a adjudicar el contrato a la recurrente.

A estos tres motivos de impugnación, añade el recurrente en el segundo de sus escritos una reclamación subsidiaria de responsabilidad patrimonial, para el caso de que su recurso se desestime y no se le adjudique el contrato, a la que se hará referencia separada.

1.º) Falta de exigencia legal de mayoría absoluta para la adjudicación:

–Este argumento debe ser rechazado en su integridad, por las razones expuestas en el apartado 3.2. de este informe, al que nos remitimos.

2.º) Ausencia de motivación en el acuerdo impugnado:

–Ciertamente, el acuerdo que resuelve el concurso debe ser motivado, de acuerdo con la normativa que invoca el recurrente, constituyendo la falta de motivación una causa de anulabilidad del acto.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, hay que partir de que el "acuerdo", como tal, no existe: lo que hay es

un acto ficticio (el silencio) que por ministerio de la Ley sustituye a esa falta de acuerdo. Difícilmente se puede exigir motivación a un acuerdo que no existe, y que no es más que un silencio al que la ley atribuye un efecto desestimatorio, independiente como tal de la voluntad del órgano. El silencio no precisa motivación: le basta con tener lugar para que automáticamente se produzca el efecto legal previsto. En este sentido, no debe confundirse la motivación que refleja el resumen del debate plenario respecto de los votos de los miembros de los distintos grupos municipales, con la motivación del silencio: y ello, porque al no producir la concurrencia de votos emitidos un acto expreso, tampoco la peculiar motivación de esos votos tiene ningún acuerdo al que incorporarse. No hay, por tanto, motivación, pero ello es perfectamente normal al tratarse de un silencio, de una mera ficción legal, y no de un auténtico acuerdo.

Cuestión distinta es que ese silencio –que la ley prevé, con carácter general, como desestimatorio– no pueda revelarse, tras su análisis por un órgano judicial o por la propia Administración en vía de recurso, como contrario a Derecho, entre otras cosas, porque resulte que no concurren los motivos que permiten desestimar la pretensión del interesado. Quiere decirse con esto que el carácter ficticio del silencio negativo lo es con todas las consecuencias, y que sólo en tanto que ficción –susceptible de ser destruida a través de un recurso administrativo o judicial– se puede considerar su efecto desestimatorio. Ese efecto ficticio, apriorísticamente previsto por la ley con carácter general para un determinado conjunto de procedimientos, no puede prevalecer, como es lógico, en los casos en que –examinadas las concretas circunstancias y la normativa aplicable– o bien no existen motivos legales para denegar la pretensión (caso de los actos puramente reglados) o bien non concurren los supuestos en que la ley permite tal denegación o la misma constituye una arbitrariedad prohibida por el ordenamiento (para el supuesto de que se ejerciten potestades discrecionales). En casos como los abstractamente apuntados, el silencio negativo sería ilegal, y por ende deberá ser expulsado del mundo del Derecho en el que habitaba como una criatura de ficción cuya única razón de ser era, precisamente, la de posibilitar el examen de su legalidad o, lo que es lo mismo, su derecho a existir.

Queremos decir con esto que el rechazo del argumento expresado por el recurrente, en cuanto a la falta de motivación formal del silencio, no debe interpretarse como una afirmación de la innecesariedad de motivos para no adjudicarle el contrato. Por el contrario, lo que se afirma aquí es que, aunque el silencio no precise motivación formal, la validez de su efecto desestimatorio depende de la concurrencia de los motivos que legalmente avalan tal desestimación; lo que constituye, no un vicio de forma de un acto que no existe (que, al no existir, no teniendo forma, por definición no puede padecer vicios formales) sino, en su caso, un defecto de fondo del silencio impugnado, cuya concurrencia examinaremos en el apartado siguiente.

3.º) Incumplimiento del pliego de cláusulas, la aplicación de cuyos criterios obligaría a adjudicar el contrato a la recurrente.

En este punto reside, a nuestro entender, el verdadero meollo de la cuestión que late en el fondo del presente recurso, a saber: si la no-adjudicación a E... S.L. (empresa propuesta por la Mesa como adjudicataria, tras considerar su oferta como la mejor conforme al pliego de condiciones) constituye una ilegalidad, concretada en una infracción del pliego de cláusulas, y si la corporación está, por consiguiente, obligada a adjudicarle dicho contrato.

Para resolver esta cuestión, planteada por el recurrente en la consideración segunda de su escrito de 25 de septiembre, entendemos que hay que responder a dos interrogantes, a saber:

–Si realmente la propuesta de la Mesa de Contratación favorable a E... S.L. es legalmente correcta.

–Si, siendo correcta dicha propuesta, el Pleno de la corporación está obligado a adjudicarle el contrato.

Por lo que se refiere a la cuestión a), y a la vista del acta de valoraciones de 15 de julio, no podemos sino ratificarnos en la validez de dicha propuesta (y digo ratificarnos porque, como consta en el expediente, este funcionario formó parte de la Mesa de Contratación, votando a favor de la propuesta, aprobada por unanimidad).

Las operaciones realizadas por la Mesa de Contratación se pueden resumir en dos apartados. En primer lugar, la exclusión de tres de las ofertas, por estimar que no se ajustaban al pliego; en segundo lugar, la valoración de las dos ofertas restantes, ajustadas al pliego.

Con respecto a la exclusión de la oferta de S... S.A. no cabe sino reiterar lo ya dicho en el apartado 2. de este informe: o bien su oferta constituye una variante al contrato (incluyendo prestaciones que inequívocamente no corresponden a su objeto, y que no encajan tampoco en el concepto de mejoras, por cuanto no tienen carácter gratuito) o alternativamente su estudio de costes se extiende a ingresos que no forman parte del contrato, y que por tanto desvirtúan dicho estudio (si, por ejemplo, el cobro de contadores no se ofrece como derecho exclusivo del concesionario, sino como prestación libre a mayores, entonces su inclusión en el estudio de costes es tan impertinente como lo sería la inclusión en dicho estudio de cualquier otro ingreso de la empresa ajeno al servicio, como podría ser el rendimiento de sus valores mobiliarios...). Debe subrayarse que el hecho de que el pliego permitiese modificar las tarifas a partir del tercer año de concesión no significa –ni puede significar– que por esa vía se pueda alte-

rar el objeto contractual; el efecto de la oferta de S... S.A. es, por tanto, doble: por un lado, modifica el objeto del contrato, con lo que desvirtúa la licitación (siguiendo el ejemplo anterior, si los demás licitadores contemplasen el cobro del mantenimiento de contadores en sus estudios económicos, sus ingresos serían mayores, y, por tanto, sus ofertas también hubiesen sido distintas; si no lo contemplaron es porque era clarísimo –no hace falta más que leer el pliego y el reglamento del servicio para darse cuenta– que no se podía hacer tal cosa) lo que, de considerarse válido, otorgaría a S... S.A. una ventaja ilegítima sobre los demás; en segundo lugar, no es que se modifiquen las tarifas existentes: es que se crea una tarifa nueva, que no es lo mismo, ampliando el ámbito del servicio a voluntad de un particular, vulnerando, frontalmente, la normativa municipal del servicio.

Con respecto a la exclusión de la U.T.E. Geseco-Begar, cabe decir lo mismo que en el caso de S... S.A. con relación al cobro por la ejecución de acometidas, ya que la realización de dichas obras no forma parte del servicio, como se dijo (y, dicho sea de paso, uno tiene sus dudas de que, sin una ley previa que reserve en exclusiva al ayuntamiento la actividad de ejecución de obras de urbanización, y sin una autorización de la comunidad autónoma para que dicha reserva lo sea con carácter de monopolio, se pueda imponer a los particulares la obligación de acudir a la concesionaria para contratar prestaciones que no le corresponden, violando el principio de libertad de mercado y la normativa comunitaria sobre libre concurrencia (*vid.* el artículo 90 del Tratado de Roma) e imponiendo una suerte de monopolio encubierto de la realización de tales obras); a mayores, Geseco-Begar pretendía cobrar una comisión en concepto de indemnización por el cobro a los usuarios del canon de saneamiento, algo que el pliego impone como una prestación obligatoria y no retribuida del concesionario.

En cuanto a la oferta de Esconsu, S.L., presenta un estudio económico carente de previsión de ingresos, lo que constituye un defecto esencial que, en aplicación de la cláusula 9.ª.C, impide considerar viable su proposición y, por tanto, determina su rechazo.

Resulta, pues, objetivamente indudable que la exclusión de estas tres empresas fue correcta, y que, inversamente, su inclusión constituiría, por el contrario, una grave ilegalidad, que adulteraría la licitación, permitiendo a algunos licitadores redondear sus previsiones económicas (y, por ende, mejorar sus ofertas) mediante la inclusión de conceptos retributivos no contemplados en el pliego. Aceptar las propuestas de S... S.A. o Geseco-Begar significaría, en suma, la introducción de un doble rasero en la licitación, algo que pugna con el principio de igualdad y libre concurrencia proclamado en el artículo 11 del TRLCAP.

En cuanto a la valoración de las dos ofertas que sí se ajustaban al pliego, no parece que pueda suscitarse ninguna discusión en cuanto a la valoración del canon inicial, de la oferta de mejoras y del canon de explotación, pues esta valoración es matemática y de una objetividad indiscutible. En lo que se refiere a la valoración de la mayor baja media (aspecto decisivo, ya que E... S.L. logra aquí una puntuación de 5, frente a 0 de la Mesa de Contratación) el criterio del pliego era la puntuación, en función de la proporcionalidad matemática entre las bajas medias de tarifas ofertadas; sucede que, en este apartado, nada hay que valorar en la oferta de la Mesa de Contratación, porque no hay ninguna baja en las tarifas (por el contrario, a lo largo de la concesión la subida global será de un 150%). Debe aclararse aquí que una cosa es que el pliego permita la libre modificación de tarifas a los licitadores, sin otro límite que no subirlas en los tres primeros años, y otra muy distinta que en el caso de que, haciendo uso de la libertad concedida, se suban globalmente las tarifas haya –para colmo– que asignar puntuación por lo que no supone ningún beneficio para el ayuntamiento ni para los usuarios (incrementando indebidamente la puntuación obtenida en los demás apartados, pues es evidente que el mayor canon inicial o la mayor oferta de mejoras se financian, precisamente, con mayores tarifas; el efecto sería, pues, doblemente injusto, ya que se puntúa por algo perjudicial –vulnerando el pliego, que sólo valora la baja, no, por tanto, la subida– que es, además, lo que permite obtener mayor puntuación en otros apartados). Lo mismo sucedería si, por ejemplo, en el apartado del canon anual –donde el pliego tampoco fijaba mínimo, y cuya oferta no era por tanto obligatoria– se hubiese ofrecido un 0% de canon. Resta hacer alusión a la valoración del plan de organización, cuya razonabilidad y justificación creemos extensamente demostrada en las casi tres páginas que el acta dedica a este apartado (curiosamente, el único apartado en el que existía una cierta discrecionalidad técnica para la Mesa, lo que obliga, sin duda, a ese mayor esfuerzo de análisis y justificación desplegado, y en el que sin embargo ningún licitador ni ningún miembro de la corporación ha formulado ninguna reserva).

No existe, pues, ninguna razón para hablar de interpretaciones "arbitrarias" –todas las valoraciones, menos una, responden a criterios matemáticos incontestables, y las exclusiones se basan en una escrupulosa observación de la legalidad y de la letra del pliego– ni menos aún, faltando (arbitrariamente, por cierto) al respeto que merece la labor profesional de los técnicos integrantes de la Mesa, hablar de "interpretaciones *sui generis*" o de la "extrañeza del proceso". Analizando las valoraciones, no se desprende que el factor decisivo que inclinó la balanza a favor de la recurrente E... S.L. fuese el hecho de que fuese la única

empresa que bajó realmente las tarifas, sino el hecho de que, además de hacer la mejor oferta en este apartado, no dejó por ello de hacer ofertas positivas en los demás apartados (nótese que la oferta de canon anual es más del doble de la de la Mesa de Contratación, y esto sí fue decisivo; no es cierto, por tanto, que las tarifas sean lo único en lo que E... S.L. aventaja a la Mesa de Contratación, sin contar que las diferencias en las obras de mejoras y en el plan de organización del servicio son muy pequeñas). La oferta de la Mesa de Contratación, en cambio, se ajusta al pliego, pero no merece valoración en este apartado, porque esta empresa basó su oferta fundamentalmente en el canon inicial, cometiendo el error (en el que, según el acta del Pleno de 24 de julio, también parecen incurrir algunos concejales) de creer que el pliego primaba sobre todo este aspecto (pasando por alto que la diferencia máxima que se podía obtener por un mayor canon inicial era de cinco puntos, exactamente la misma que en las tarifas; precisamente, esto es lo que aquí ocurre: la Mesa de Contratación aventaja en 5 puntos a E... S.L. por el mayor canon, ventaja que E... S.L. neutraliza con sus 5 puntos de ventaja por la mayor bajada de tarifas; de ahí que lo decisivo fuese, a la postre, el mayor canon de explotación de E... S.L.) En realidad, el pliego lo único que prima es la oferta que, en conjunto, obtenga mayor puntuación, buscando el equilibrio entre la máxima optimización económica del servicio y el menor coste para los usuarios, sin perjuicio de la calidad. Es decir, si se lee con un poco de atención e imparcialidad, se observa que lo que el pliego buscaba eran ofertas equilibradas, que permitiesen satisfacer múltiples objetivos: extraer el máximo partido económico para el ayuntamiento al servicio sin gravar a los usuarios y sin perder de vista la calidad del servicio público. No estamos ante un pliego que busque sólo el beneficio económico (como erróneamente se ha afirmado en el debate plenario), ni tampoco ante un pliego que buscase abaratar el servicio ante todo. Más bien parece que lo que el pliego se proponía era el objetivo –más complejo– de buscar el equilibrio entre todos esos elementos. Y ciertamente, el resultado del concurso no es sino la demostración práctica de que la mejor oferta es, precisamente, la más equilibrada, esto es, la que permite al ayuntamiento obtener el mayor beneficio económico posible sin hacer recaer la carga de ese beneficio en el bolsillo de los contribuyentes, y sin merma de la calidad de dicho servicio (que se tiene en cuenta a través de la valoración del plan de organización). No hay, pues, nada "extraño" en la propuesta de la Mesa, ni se encuentra en ella rastro de las "manifiestas irregularidades y arbitrariedades" del procedimiento de las que –en una actitud sólo hasta cierto punto comprensible– nos hablaba el representante de S... S.A. en su reclamación.

Con base en lo expuesto, cabe considerar satisfactoriamente contestado el primer interrogante a que nos enfrentábamos: a juicio de este funcionario, la propuesta de la Mesa es correcta.

Procede ahora pasar a examinar si concurre –o no– la segunda premisa planteada, esto es: si, siendo correcta, en aplicación del pliego y de la legalidad vigente, la propuesta de la Mesa, el Pleno de la corporación puede válidamente apartarse de ella. La cuestión –aunque clara a nuestro juicio– no es sencilla, y es preciso hacer una serie de importantes precisiones al respecto, en aras de evitar malentendidos.

En primer lugar, y aunque es cierto que conforme al artículo 82.2 del TRLCAP "la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto, frente a la Administración, mientras no se le haya adjudicado el contrato por acuerdo del órgano de contratación", esta norma no significa –no puede significar, por imperativo del artículo 9.3 de la CE, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos– que el órgano de contratación pueda apartarse libremente y en cualquier caso de la propuesta de la Mesa (de entrada, como principio general, conviene no perder de vista el hecho de que la Administración, en sentido estricto, nunca goza de verdadera libertad).

En efecto, el significado del 82.2 debe restringirse, a mi juicio, al hecho de que, hasta tanto no se haya adjudicado por el órgano competente, no existe contrato (cf. artículo 53 del TRLCAP). El empresario propuesto, por tanto, no ostenta todavía la posición jurídica de contratista con la Administración. Pero de ahí a decir que el Pleno puede desentenderse libremente de la propuesta de la Mesa media un abismo.

De una parte, el artículo 83.1 del TRLCAP (relativo a la subasta, pero cuya aplicación al concurso no está excluida y resulta por tanto obligada, en virtud del articulo 90) sólo autoriza al órgano de contratación a separarse de la propuesta de la Mesa en dos casos: si hay infracción del ordenamiento jurídico en dicha propuesta, y en los supuestos de baja temeraria (supuestos ambos que no concurren en el caso que nos ocupa, tal y como hemos demostrado por extenso). A mi juicio, no se trata tanto de una vinculación del órgano de contratación a la propuesta de la Mesa, cuanto de una vinculación del órgano de contratación al pliego por él mismo aprobado, que la Mesa se limita a aplicar. Y si bien en el caso de un concurso no existe la automaticidad característica de una subasta a la hora de valorar las ofertas, tampoco existe libertad para efectuar dicha valoración. En efecto, como es sabido la Administración no goza nunca de algo semejante a lo que constituye la autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico-privado. La Administración, sometida a la ley y al Derecho y sujeta a un estricto principio de legalidad –que determina una vinculación positiva con la norma jurídica habilitante de su

actuación– actúa ejerciendo potestades para el cumplimiento del fin público. Tales potestades no son estrictamente derechos subjetivos (aunque implican la titularidad de derechos, con un carácter instrumental respecto de los fines que persigue la Administración) sino poderes fiduciarios, entregados por el legislador a la Administración para que ésta pueda satisfacer el interés público. Atendiendo al margen de decisión de que dispone la Administración, sus potestades se clasifican en dos grandes grupos: regladas, en la que las decisión se encuentra predeterminada por la aplicación de los criterios legales o reglamentarios preestablecidos; y discrecionales, en que se concede a la Administración la opción de elegir entre varias alternativas, todas igualmente lícitas, si bien motivando su decisión en función del interés público. Por otra parte, la fijación de los criterios y elementos de juicio que determinan el ejercicio de las potestades regladas puede hacerse con mayor o menor amplitud, surgiendo así la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que no debe confundirse con los supuestos de discrecionalidad: en los conceptos jurídicos indeterminados no hay margen para elegir entre distintas opciones alternativas, todas igualmente justas: lo que sucede es que la norma no concreta en todos o algunos de sus extremos el concepto aplicable, expresado en términos más o menos abstractos, debiendo concretarse caso por caso por la Administración, teniendo en cuenta que, en atención a las circunstancias que concurran, sólo habrá una solución justa en cada caso.

Partiendo de estos elementos teóricos –que constituyen doctrina común y pacíficamente admitida en nuestro ordenamiento– nos encontramos con que, a la hora de decidir la contratación de la gestión indirecta de un servicio público y las condiciones en que ha de procederse a la licitación, la Administración está ejerciendo una potestad ampliamente discrecional: tan legal es decidir la convocatoria del contrato como no hacerlo y optar por su gestión directa, y, a la hora de establecer las condiciones de la licitación, la Administración podrá escoger, en el marco de la legislación de contratos, las opciones que considere más adecuadas (por ejemplo, en cuanto a los criterios de selección o valoración de ofertas, o en cuanto a la duración de la concesión). Sin embargo, una vez que la Administración ha establecido esas condiciones, la discrecionalidad, a mi juicio, desaparece. A partir de ese momento, la Administración queda vinculada, no por una norma previa, sino por sus propios actos, esencialmente, por el pliego de cláusulas económico-administrativas que rige la contratación. Hablar aquí de discrecionalidad es probablemente excesivo. Por ejemplo, a la hora de adjudicar han de aplicarse los criterios de valoración del pliego, sin posibilidad de alternativas. Ciertamente, esos criterios pueden constituir conceptos jurídicos indeterminados de gran amplitud, pero ello no implica discrecionalidad. Cuando se dice, por ejemplo, que se valorará el mejor plan de organización del servicio, existe la posibilidad –y la obligación– de acreditar y razonar objetivamente por qué se asigna una valoración y no otra. No hay libertad para, caprichosamente, considerar mejor este o aquel plan de organización basándose en meras preferencias subjetivas de los miembros de la Mesa o del Pleno. En otras palabras, sólo una de las ofertas será la mejor según el pliego. Esto, que es sostenible como doctrina general, resulta doblemente cierto en el expediente que nos ocupa, en el que, como se vio, y a excepción de la valoración del plan de organización del servicio, la aplicación de los criterios de valoración respondía a operaciones aritméticas, puramente objetivas y que cualitativamente no son distintas a las que tienen lugar en una subasta.

Así pues, aunque la propuesta de la Mesa no crea derechos –en el sentido que se aclaró– el Pleno no tiene más opciones para apartarse de su propuesta que las que señala el artículo 83.2 del TRLCAP. El supuesto de que el Pleno considerase errónea la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de la Mesa no sería, en este sentido, más que un caso de infracción del ordenamiento jurídico por parte de la Mesa (por aplicar indebidamente dichos conceptos) y, como ya se ha dicho, es un supuesto que no se da en este caso.

No obstante, subsistiría teóricamente una alternativa para la Administración que permite –en teoría, y probablemente por lo que veremos, sólo en teoría– hablar de una cierta discrecionalidad: nos referimos a la posibilidad de declarar desierto el concurso.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, la posibilidad de declarar desierto el concurso ha quedado también acotada por el pliego, de acuerdo con la cláusula 9.ª.B, a "aquellos casos en que se estime fundadamente que ninguna de las ofertas garantiza una óptima prestación del servicio". La cláusula 9.ª.B del pliego enuncia con claridad un concepto jurídico indeterminado, es decir, un supuesto de hecho abstracto que habrá que concretar, pero en relación con el cual no existe libertad de configuración administrativa (por si hubiese alguna duda, la ley nos recuerda, en el artículo 88.2 del TRLCAP, que para declarar desierto un concurso han de tomarse, inexcusablemente, como referencia los criterios de valoración del pliego). En el caso que nos ocupa, no sólo no consta el supuesto de hecho querido por la norma, sino que, a la vista de las ofertas presentadas y de los criterios de valoración del pliego, no cabría –tal y como tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo– declarar válidamente desierto el concurso (en este sentido, debe advertirse que la postura sostenida en el debate plenario por el concejal Sr. Martínez Gómez, defendiendo que se declarase desierto el concurso, sería –sin perjuicio de su oportunidad y legitimidad

política, que no corresponde a este funcionario enjuiciar– sencillamente ilegal).

Estas tesis están avaladas por la jurisprudencia más reciente (aunque existe una línea jurisprudencial anterior, de origen preconstitucional, germinada en los años setenta y que extiende su influencia hasta finales de los ochenta, a mi juicio incorrecta y cada vez menos firme, que venía concediendo un margen mayor de libertad a la Administración) así como por la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Así, la STS de 19 de abril de 1991 señala que si la oferta presentada es más ventajosa que los mínimos expresados en el pliego, es claro que resulta conveniente a los fines de la Administración, y ésta no puede declarar desierto el concurso apoyándose en la cláusula del pliego de condiciones que le atribuye tal facultad. En el mismo sentido, la STS de 31 de octubre de 1994 llega a idéntica conclusión "por no poderse vislumbrar alternativa alguna extrajurídica que aconseje la decisión tomada, o si las proposiciones presentadas resultan aptas y admisibles". La STS de 20 de febrero de 1996 admite la posibilidad de declarar desierto un concurso "si existiesen motivos o causas fácticas, lógicas, razonables y expresas, en referencia a la finalidad contractual perseguida en defensa del interés público prevalente, siempre encarnado en la actividad administrativa, sin que en ningún caso pueda servir de soporte a tal discrecionalidad el capricho o la arbitrariedad de la Administración, proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución".

Con mayor rotundidad, si cabe, se ha expresado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así, en su informe 22/1988, de 4 de julio, señala que admitir, en caso de proposiciones a las que objetivamente resulta adjudicable el concurso, la facultad de declararlo desierto significaría convertir la discrecionalidad en la más pura arbitrariedad, lo que resulta prohibido por el artículo 9.3 de la CE. Un reciente informe, el 39/1999, de 10 de junio, señala que "la posibilidad de declarar desiertos los concursos en la adjudicación de los contratos administrativos ha venido siendo tradicionalmente admitida en la legislación de contratos del Estado [...] sí hay que consignar la evolución de los criterios jurisprudenciales que, si bien admiten el carácter discrecional de la declaración del concurso desierto, rechazan toda idea de arbitrariedad" y, tras un análisis del artículo 88.2 del TRLCAP concluye que "a partir de la entrada en vigor de la LCAP ha disminuido el grado de discrecionalidad de la facultad de declarar desierto un concurso y sólo debe admitirse cuando las distintas ofertas no se ajustan a las condiciones exigidas que figuran en los pliegos, y a la inversa, cuando una o varias ofertas se ajustan al pliego no existirá la posibilidad de declarar desierto el concurso, sino que será procedente su adjudicación a la oferta que deba considerarse más ventajosa". "Por lo demás –añade la JCCA– esta tesis aparece confirmada por los artículos 140.1.a), 159.2.e), 181.1 y 209.1 a) del TRLCAP en los que, por influjo de las directivas comunitarias, se admite la utilización del procedimiento negociado cuando las ofertas en un procedimiento abierto o restringido sean irregulares o inaceptables o no se hayan declarado admisibles, diferencia terminológica a la que no hay que atribuir significado alguno, pues la idea a la que responden todos estos artículos es la de ofertas que no se ajustan a las condiciones del pliego y, por tanto, son inaceptables o inadmisibles, procediendo declarar desierto el concurso".

En el supuesto que nos ocupa, la oferta de E... S.L. se ajusta al pliego, mejorando, además, el umbral mínimo de prestaciones exigido (así, no prevé aumentos de tarifas) por lo que no adjudicarle el contrato constituiría, siguiendo la interpretación dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación, una arbitrariedad pura y simple, y, en suma, una ilegalidad clara. A mayores de ello, cabe destacar que, al margen de las consideraciones que aquí se han hecho –a efectos informativos– sobre la potestad de declarar desierto el concurso, lo cierto es que el Pleno ni siquiera lo ha declarado desierto. Tampoco ha desistido del mismo, facultad excepcionalmente reconocida por la jurisprudencia para supuestos en que razones sobrevenidas de interés público aconsejen desistir de la contratación (supuesto que, igualmente, no se estima procedente: no consta que se haya producido ningún cambio de situación que desaconseje la concesión con respecto al momento en que se aprobó el pliego de cláusulas). Sencillamente, no se ha resuelto el procedimiento, produciéndose un silencio administrativo.

Lo que se impugna aquí es ese silencio, esa desestimación ficticia de la pretensión de la recurrente. Y lo que acabamos de comprobar es que no existe ninguna base legal para sostener tal desestimación: la oferta de E... S.L. se ajusta al pliego y mejora sus mínimos, por lo que constituye una franca ilegalidad no adjudicarle el contrato. La conclusión del presente informe, por tanto, no puede ser otra que la de que debe estimarse el recurso de reposición presentado, y declararse adjudicada la concesión a E... S.L., al no existir razones que permitan declarar desierto el concurso y ser conforme a derecho la propuesta de la Mesa de Contratación.

Una última cuestión, que no podemos pasar por alto antes de concluir este extenso informe, es la de la reclamación de responsabilidad patrimonial que subsidiariamente formula la recurrente para el supuesto de que no se le adjudicase el contrato. En este punto, y pese a considerar que efectivamente a la recurrente le asiste la razón en su pretensión de ser adjudicataria, entendemos que, en principio, no existiría responsabilidad

patrimonial de la Administración, cuando menos, no por la pérdida del beneficio industrial correspondiente a dicha concesión. Y ello porque, para el caso de que el Pleno desestimase su recurso, la empresa podría obtener dicha adjudicación mediante el oportuno recurso jurisdiccional en vía contenciosa, en el que –de confirmarse por el órgano judicial la tesis del recurrente que este informe apoya– podría obtener una resolución judicial favorable a sus intereses, de la que derivase la adjudicación de la concesión por el período inicialmente ofertado de veinte años. No habría, por tanto, de tener razón el recurrente, pérdida de beneficio industrial, ni lesión económica en este concepto que por tanto no sería indemnizable.

En cambio, sí debe advertirse –para conocimiento del Pleno– que la inexistencia de lesión por pérdida de beneficio industrial para el caso de prosperar un hipotético recurso contencioso de E... S.L. no significa que no pudiesen existir otros derechos indemnizatorios a favor de esta empresa: así, por ejemplo, el indudable retraso en la adjudicación le daría, sin duda, derecho a ser resarcida de los gastos financieros del aval provisional aportado, por el tiempo en exceso transcurrido hasta esa adjudicación; en segundo lugar, no sería extraño que –dado que un hipotético acuerdo plenario desestimatorio del recurso se adoptaría en contra del criterio de la Mesa de Contratación, y sin una justificación legal– el tribunal apreciase temeridad o mala fe en la actitud del ayuntamiento, con la consiguiente condena en costas; por último, no resulta impensable tampoco que el retraso en la adjudicación provocado por la substanciación de un recurso judicial pudiese generar otro tipo de daños y perjuicios indemnizables.

Por supuesto, las anteriores apreciaciones se hacen sobre la base –a nuestro juicio, indiscutible– del carácter ilegal de la desestimación de la oferta de E... S.L. Ni que decir tiene, para el caso de que, ante un hipotético recurso, los tribunales de justicia, con su superior criterio, considerasen inadmisible la pretensión de la recurrente y erróneo el criterio seguido en el presente informe, no existiría, como es lógico, responsabilidad ninguna de la Administración.

En el momento actual, por tanto, no existen elementos de juicio suficientes para resolver sobre una supuesta responsabilidad patrimonial en caso de que se desestime el recurso, debido a que el requisito para que exista esa responsabilidad sería el carácter ilegal del acuerdo que adoptase el Pleno, carácter que, si no se impugnase tal acuerdo en vía contenciosa, no constaría como un hecho acreditado (en virtud del principio de presunción de validez de los actos administrativos, que desplegaría toda su fuerza si el acto fuese consentido por el interesado); si se impugnase, en cambio, no nos constaría la existencia del hecho dañoso hasta que E... S.L. obtuviese una sentencia favorable a sus intereses (lo que, siendo un hecho que estimamos probable, no deja de ser incierto). Por todo ello, no es posible considerar *hic et nunc* la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que en el caso de que se rechazase el recurso, se debe rechazar igualmente la reclamación de responsabilidad, sin perjuicio de que el interesado se pueda reservar el ejercicio futuro de la acción y de que exista –en los términos probabilísticos expuestos, para conocimiento del Pleno– la posibilidad futura de que se declarase tal responsabilidad.

4. Conclusiones

A modo de resumen, se consignan las siguientes conclusiones:

1.ª) En cuanto a la reclamación de S... S.A., entendemos que debe ser íntegramente desestimada.

2.ª) En cuanto a la petición de formalización del contrato efectuada por E... S.L., entendemos que debe ser igualmente rechazada, considerando que corresponde a la Alcaldía resolver esta petición.

3.ª) En cuanto al recurso de reposición de E... S.L., subsidiario de la petición anterior, debe estimarse, adjudicándole la concesión.

4.ª) En cuanto a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por E... S.L. para el caso de que se rechace su recurso, entendemos que debe desestimarse, sin perjuicio del derecho de la recurrente, en su caso, a ejercer las acciones legales que procedan en el momento oportuno.

Al margen de lo anterior, entendemos que debe darse audiencia a los interesados en el expediente de las reclamaciones y recursos presentados, por plazo mínimo de diez días, efectuándose las consideraciones contenidas en el presente informe a reserva de las alegaciones que puedan formularse en dicho plazo. ■

La legalidad aplicable a los contratos que se celebren por una sociedad instrumental en la que participa el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación n.º 1: Huesca y la Diputación de Huesca

Antonio Serrano Pascual
Secretario de la Diputación de Huesca

1. Antecedentes de hecho

El señor presidente del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación n.º 1 de Huesca, en la reunión celebrada por la Junta de Gobierno de dicha entidad local, el pasado día 20 de noviembre de 2003, y en el capítulo de ruegos y preguntas, determinó solicitar a la Secretaría del Consorcio un informe acerca de la legalidad aplicable a los contratos que se celebren por GRHUSA –sociedad instrumental en la que participa el consorcio citado, con el 85% de su capital, y la Diputación Provincial de Huesca, con el 15% restante.

2. Fundamentos de derecho

Primero. Junto a la Administración local clásica, el Derecho local también ha contemplado tradicionalmente a su sector público institucional, incluso abriendo caminos en el terreno doctrinal y en el del Derecho positivo, que luego han sido recorridos por la propia Administración del Estado.

Hoy, sin embargo, por un lado, la Constitución española de 1978 –que ha conllevado la asunción estatutaria del régimen local por las comunidades autónomas, sin perjuicio, eso sí, de las competencias estatales previstas en el marco de lo dispuesto por el artículo 149.1.18.ª de la carta magna– ha venido a hacer más complejo el sistema de fuentes de las entidades locales y, por otro lado, la incorporación de España a la Unión Europea está suponiendo asimismo una clara recepción, como Derecho nacional de fuente externa que es, del ordenamiento comunitario y de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia, incidiendo cada vez más en la configuración y modo de actuar del sector público local.

La parquedad de la regulación básica sobre la Administración institucional de las entidades locales, contenida en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, a la que se ha sumado la normativa básica de contratación de las administraciones públicas, en lo que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos, junto a los preceptos de la legislación básica de las haciendas locales, y los 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, de naturaleza supletoria, y un obsoleto Reglamento de servicios de las corporaciones locales, de 1955, también de carácter supletorio, ha venido a constituir hasta ahora la respuesta del legislador estatal a la Administración local.

El Estado ha tratado de dar –con mayor o menor acierto, y en medio de la tensión existente entre la *huida del Derecho administrativo* y el cumplimiento de los valores que identifican a la Administración, cualquiera que sea la forma en que se manifiesta ésta– una nueva regulación a través de la LOFAGE, que no tiene naturaleza básica, y que hoy precisa incluso de una acomodación a la jurisprudencia comunitaria, o con otras leyes, como las relativas a fundaciones o a asociaciones. Por su parte, las diferentes comunidades autónomas también han regulado su sector público institucional con mayor o menor grado de acomodación a la LOFAGE, e insertas igualmente en la tensión a que hemos aludido, contemplando en algunos casos al sector público institucional de sus entidades locales.

Por lo demás, el escurridizo concepto del servicio público se pone de manifiesto en los modos gestores de las entidades locales, junto con toda su problemática, y hoy se asiste a una proliferación de los llamados entes instrumentales, buscando remedio en ellos –no se sabe bien si acertadamente o no– a los males de la Administración local. Especial interés tiene la cuestión de la contratación que se lleva a cabo a través del sector público institucional de las entidades locales, campo en el que se ponen de manifiesto con mayor crudeza las debilidades de nuestro ordenamiento, a la luz de la interpretación dada por la jurisprudencia comunitaria a los llamados poderes adjudicadores, cuya denominación ya da idea de la superación de la vieja Administración contratante.

A su vez, la inminente reforma de la ya citada Ley 7/1985, de 2 de abril, a través de la anunciada Ley de medidas para la modernización del gobierno local, supone la recepción en el Derecho local de figuras contempladas en la LOFAGE, como sucede con las entidades públicas empresariales locales, al mismo tiempo que viene, con carácter básico, a efectuar una regulación más detallada de los organismos autónomos locales y de las sociedades mercantiles locales.

Segundo. La Administración institucional ofrece aristas complejas por lo que se refiere al régimen de contratación, pero, al mismo tiempo, comienza a servir de punta de lanza del núcleo mínimo del llamado Derecho administrativo europeo que, como afirma Gimeno

Feliú:[1] "[...] se convierte en una auténtica necesidad como técnica de uniformidad y de garantía del correcto funcionamiento de unas actividades económicas que han desplazado definitivamente las barreras fronterizas que las limitaban."

Incluso, se ve superado ese ámbito territorial europeo por el Acuerdo del GATT, de 13 de abril de 1994, que contempla la aplicación de la contratación pública, sobre la base del principio de libre competencia sin discriminación por razón de nacionalidad, y no sólo de la Administración pública *stricto sensu*, sino también de la contratación de las entidades públicas y de las empresas públicas y privadas, cuando se trata de los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

La llamada huida[2] del Derecho administrativo se ha hecho más evidente si cabe en la Administración institucional, cuya instrumentalidad[3] ha permitido en ocasiones, y sin base constitucional para ello, eludir las reglas puestas a disposición de los principios inspiradores de la contratación administrativa, que pivotan en torno a la neutralidad, objetividad e imparcialidad, junto a los de eficiencia y economía en el gasto público, lo que ha llevado a contar con una jurisprudencia comunitaria que ha supuesto un serio correctivo, como tendremos ocasión de ver, en este aspecto tan esencial, al aplicar el principio de la supremacía del ordenamiento de la Unión, en cuya virtud la colisión entre las normas nacionales y las normas comunitarias se resuelve con la derogación de las normas nacionales.

Las directivas europeas emplean la expresión *poder adjudicador*[4] en lugar del concepto de Administración pública, contemplando en su ámbito subjetivo, además de al Estado y a los entes territoriales, a los organismos de Derecho público y a las asociaciones de dichos entes o de los citados organismos de Derecho público, entendiendo por éstos los creados para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; dotados de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, por los entes territoriales o por otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, por los entes territoriales o por otros organismos de Derecho público.

Para conocer cómo se ha regulado la cuestión de la contratación del sector institucional en nuestro país, es preciso analizar la Ley de contratos de las administraciones públicas y la LOFAGE.

En este sentido, el artículo 1.3 de la LCAP, calificada por la doctrina como norma cabecera o estructurante, dispone que deberán ajustar su actividad contractual a dicha ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las administraciones públicas y otras entidades de Derecho público.

Según el artículo 2.1 de la LCAP, las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurran los siguientes requisitos, es decir, que se trate de contratos de obras, y de contratos de consultoría y asistencia y de servicios, relacionados con los primeros –no se mencionan los contratos de suministro–, siempre que su importe sea igual o superior a las cifras contempladas en dicho precepto, y que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las administraciones públicas.

1. Gimeno Feliú, J. M.ª. *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*. Civitas, Madrid, 2003, pág. 15.

2. *Vid*. sobre este particular Del Saz Cordero, S., "La huida del Derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", en RAP, núm. 133, 1994, págs. 57-98.

3. Véase Pérez Moreno, A., "La contratación de los entes instrumentales: Sociedades mercantiles y demás entidades del sector público", en el libro colectivo dirigido por Gómez-Ferrer, R., *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 867-872.

4. La Directiva de la Comisión sobre transparencia de las relaciones financieras, de 25 de junio de 1980, aplica el concepto de empresa pública a aquella "en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen", existiendo dicha influencia dominante cuando los poderes públicos poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa o disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o, finalmente, si pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

Puede verse Montoya, E., "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de 'poder adjudicador' en las directivas de contratación", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 41, 2001, pág. 121 y ss.

De igual manera, también quedan sometidos a dichas prescripciones los contratos de las empresas privadas cuando hayan obtenido una subvención administrativa relacionada con el objeto del contrato superior al cincuenta por ciento del importe.

El artículo 49 de la LOFAGE, por su parte, dispone que el régimen de contratación de los organismos autónomos se rige por las normas generales de la contratación de las administraciones públicas, y que el titular del ministerio al que esté adscrito el organismo autónomo autorizará la celebración de aquellos contratos cuya cuantía exceda de la previamente fijada por aquél.

En cuanto al régimen de contratación de las entidades públicas empresariales, según determina también el artículo 57 de la LOFAGE, se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las administraciones públicas, y será necesaria la autorización del titular del ministerio al cual se encuentren adscritas para celebrar contratos de cuantía superior a la previamente fijada por el mismo.

A su vez, la disposición adicional sexta, que versa sobre los principios de contratación en el sector público, señala que las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las administraciones públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Recientemente, el artículo 87 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha modificado a su vez el artículo 88 de la Ley 66/1997, añadiendo un nuevo apartado, el siete, de forma que los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que celebren con terceros, TRAGSA y sus filiales, quedarán sujetos a las prescripciones de la Ley de contratos de las administraciones públicas, relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que su cuantía iguale o supere la de las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de la citada Ley de contratos de las administraciones públicas.

Asimismo, se prevé que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación resolverá las reclamaciones que se formulen contra los actos de preparación y adjudicación de estos contratos, adoptando las medidas cautelares que procedan y fijando, en su caso, las indemnizaciones pertinentes, y sus resoluciones podrán ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con el artículo 2, letra b), de la Ley jurisdiccional.

Por último, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, según ya vimos anteriormente, establece en el artículo 46 para las fundaciones públicas de carácter estatal que, en cuanto a la contratación, se ajustarán a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.[5]

El profesor Gimeno Feliú[6] opina que:

"En consecuencia, en la actualidad la 'regla general' parece ser tanto la creación de entes instrumentales públicos que, sujetos al Derecho privado, realicen funciones administrativas, pero a los que no se les aplica, por expreso mandato legal, las reglas contenidas en la normativa vigente sobre contratación pública, como, y esto es lo más preocupante, la creación de sociedades mercantiles de naturaleza privada que, en virtud de su forma jurídica, se acogen a lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LCAP, en las que las genéricas invocaciones a los 'principios de publicidad y concurrencia' o de 'salvaguardia del interés del ente' y 'homogeneización del sistema de contratación en el sector público' no pasan de ser un mal sucedáneo destinado a salvaguardar las apariencias. En este caso, y existen bastantes ejemplos, puede afirmarse que la huida es total."

Sobre la invocación a los principios de publicidad y concurrencia que hace la disposición adicional sexta de la LCAP, Del Saz Cordero señala:

"Y es que de nada sirve, como dijimos y reiteramos, afirmar dichos principios si, a la vez, la actividad contractual no se sujeta a unos procedimientos reglados de selección de contratistas que son los que garantizan la adecuación de la decisión administrativa y permiten el control judicial posterior a través de la aplicación de la doctrina de los actos separables. Seguiremos, pues, si las Cortes no lo remedian, con la fórmula de las obligaciones naturales que se remiten a la conciencia de cada cual y sin garantía judicial alguna."

Cuestión singular es la constituida por los llamados contratos *in house providing*, es decir, los encargos efectuados a entes instrumentales sin el cumplimiento de la legislación de contratos, que encuentra su base, por ejemplo, en la Directiva 92/50, de servicios, que contempla que se excluyan de su ámbito los contratos adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora, que han encontrado un cauce de resolución a través de la jurisprudencia del TJCE, como veremos en el punto siguiente.

Digamos, por último, que existe una verdadera necesidad desde el punto de vista de los valores constitucionales en que las sociedades públicas mantengan en su

5. Véase sobre esta cuestión BERMEJO LATRE, J. L., "La huida del Derecho administrativo a través de las fundaciones privadas de iniciativa pública", en *Libro homenaje al profesor Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 935-960.

6. *Op. cit.*, pág. 51.

actividad y régimen de funcionamiento, y especialmente en la materia de contratación y en la de provisión de sus recursos humanos, una vinculación a los principios estructurantes del actuar público, como son los de concurrencia –apoyado indiscutiblemente en la más amplia publicidad–, junto a otros principios constitucionales como son los de interdicción de la arbitrariedad, el de objetividad en el servicio de los intereses generales y los corolarios que de él se derivan como son la igualdad, el mérito y la capacidad, y la transparencia, así como el respeto al principio de legalidad y al conjunto de los derechos fundamentales.

Tercero. Nuestra Constitución prevé en el artículo 96 –y en iguales términos el artículo 1.6 del Código civil– que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas del Derecho internacional. Incluso, en el artículo 93 de la CE se contempla que, mediante ley orgánica, se puede autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, que da origen a un verdadero Derecho supranacional, con una evidente cesión de soberanía.

El más claro exponente de esto es la adhesión española a las Comunidades Europeas, con unas fuentes específicas que nacen del propio Tratado de la Comunidad Europea y que en el denominado Derecho derivado se concretan en los reglamentos, las directivas y las decisiones, junto con los principios generales del Derecho. El Tribunal Constitucional ha declarado en la Sentencia 141/1993 que el hecho de que las directivas comunitarias sean de obligado cumplimiento para todas las autoridades centrales y descentralizadas de los estados miembros lo es por su propia fuerza normativa y no por su traslación al Derecho interno como normas básicas.

Se produce de este modo, con la adhesión de España a la Unión Europea,[7] el efecto de que este Derecho comunitario pasa a formar parte de nuestro Derecho interno, siendo inmediatamente aplicable –caso típico del reglamento, salvo que esta norma remita a las normas de desarrollo de los estados miembros– y goza de primacía sobre cualquier otra norma nacional, cuyo efecto directo, en el caso de las directivas y decisiones es excepcional, por requerir en el común de las veces la adecuada transposición, salvo que las autoridades comunitarias hubieran obligado por medio de una directiva a los estados miembros a adoptar un determinado comportamiento.

Pues bien, en la materia de contratación que nos ocupa, el TJCE lleva a cabo una interpretación que aplica la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de la personalidad, de forma tal que, independientemente de la función industrial o mercantil del ente instrumental, ha de atenderse al interés general –las llamadas obligaciones de servicio público– que se persigue con la actividad de dicho ente instrumental, como se desprende, respectivamente, de las sentencias de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, Mannesmann…) y de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, Ara).

Por tanto, en primer lugar, desde la jurisprudencia del TJCE, se atiende a la función –y en particular a si es de interés general la actividad–, incluso al margen de que se preste dicha actividad en régimen de competencia o de que la satisfacción de las necesidades de interés general no constituya la parte sustancial de las actividades del ente instrumental.

Junto a la naturaleza de la actividad, un segundo requisito para determinar si el ente público está sujeto a los principios y formalidades de la contratación pública desde la jurisprudencia comunitaria sería el de que ha de contar con personalidad jurídica –al margen de la concreta forma, pública o privada, en que se manifieste dicha personalidad, porque se ha de atender al criterio teleológico o finalista, como se desprende de la mencionada STJCE, de 10 de noviembre de 1998–, lo que obliga a interpretar la disposición adicional sexta de la LCAP en sus justos términos, es decir, sólo para los casos de empresas en que no se satisfacen necesidades de interés general, lo que supone como puede apreciarse un cambio sustancial respecto de la idea mantenida por el legislador estatal español en esta materia.

Por último, estaría el requisito del "control" sobre el ente instrumental[8] que está presente, además de en los supuestos recogidos en el artículo 1.3.b) de la LCAP, cuando hay un control final en la toma de decisiones por el poder público, como se desprende de la STJCE de 1 de febrero de 2001.

Con estos criterios jurisprudenciales es claro que se produce una ampliación del concepto de poder adjudicador, y, como bien señala Gimeno Feliú:[9]

7. Véase sobre este particular Molina del Pozo, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Dijusa, 4.ª ed., Madrid, 2002, pág. 1305 y ss.

8. Sobre este extremo, puede verse la STJCE de 3 de octubre de 2000, que declara que la expresión financiada incluye las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes, excluyendo de este concepto las sumas correspondientes a asesoramiento u organización de conferencias. Asimismo, el término "mayoritariamente", que figura en las directivas 92/50, 93/96 y 93/97, debe interpretarse en el sentido de que significa más de la mitad, teniendo en cuenta todos los ingresos que el organismo perciba, incluidos los que resulten de una actividad mercantil, sobre una base anual.

9. *Op. cit.*, págs. 64-67.

"Así las cosas bien puede afirmarse que la problemática del concepto de poder adjudicador en España se resuelve utilizando una interpretación funcional de los sujetos contratantes, que corrija la aparente indefinición del ámbito subjetivo de la LCAP que ha servido de excusa tanto para el legislador estatal como autonómico para, a través de normas legales *ad hoc*, excepcionar el régimen de la contratación pública [...]. Por este motivo, tanto los preceptos definidores de lo que se entiende por poder adjudicador, como los anexos de que constan en estas directivas (que se actualizan periódicamente por la Comisión) prevalecen sobre las decisiones (incluso legales) de los estados, ya que el referido principio de interpretación uniforme impide que los estados tengan margen discrecional de actuación [...]. Como conclusión, puede decirse que, frente a la actual y preocupante situación caracterizada por la inaplicación de los procedimientos y principios de la contratación pública, amparada muchas veces en criterios jurídicos de índole formal, debe defenderse la necesidad de realizar una interpretación subjetivo-funcional que garantice el cumplimiento, al menos, de las normas de publicidad y concurrencia de los procesos de selección de contratistas con independencia del tipo de personificación adoptado y del régimen jurídico 'aparente' aplicable a sus contratos."

La reciente STJCE, de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España),[10] arroja también luz respecto de la contratación por la Administración institucional, ratificando los anteriores pronunciamientos del TJCE a que nos hemos referido.

Dicha sentencia trae causa del recurso presentado en relación con el posible incumplimiento de España acerca de lo previsto en la Directiva 89/665/CE, de 21 de diciembre de 1989, y en la 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992. El Tribunal, ante la cuestión de la adaptación del Derecho interno español al ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 y, en particular, ante si es correcta la exclusión de las sociedades mercantiles bajo control público de la legislación de contratos de las administraciones públicas, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación y del régimen de recursos, recuerda que para ser calificada una entidad de organismo de Derecho público en el sentido de las directivas ha de reunir acumulativamente los tres requisitos comentados anteriormente (Asunto Mannesmann…), es decir, debe tratarse de 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, considerando que la forma de constitución de la entidad es indiferente a este respecto.

Asimismo, recuerda el Tribunal su doctrina sobre la interpretación funcional del concepto de organismo de Derecho público a los efectos del doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (sentencias de 1 de febrero de 2001, C-237/99, y de 12 de diciembre de 2002, C-470/99), por lo que dicho concepto debe interpretarse en sentido amplio (Sentencia de 27 de febrero de 2003, C-373/00).

Sobre esta base, el Tribunal señala 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, 93/26 y 93/37, y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665. De esta forma, el TJCE declara que la normativa española no incorpora correctamente el concepto de entidad adjudicadora.

En otro orden de cosas, la respuesta de la jurisprudencia comunitaria a la problemática a que antes nos hemos referido, sobre los llamados contratos *in house providing*, es decir, los encargos efectuados a entes instrumentales sin el cumplimiento de la legislación de contratos, se concreta en las sentencias de 18 de noviembre de 1998, de 18 de noviembre de 1999, y de 7 de diciembre de 2000, de forma tal que, de entrada, no es contrario al principio de igualdad entre los licitadores este tipo de encargos, siempre que a la vez el ente territorial ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios –de absoluta dominación a la hora de la formación de voluntades– y que este ente instrumental realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes

10. Véase PIÑAR MAÑAS, J. L., "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas (STJCE, de 15 de mayo de 2003, que condena a España en materia de contratos públicos)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 585, 10 de julio de 2003, págs. 1-6. Este autor reconoce que las consecuencias para el Derecho español derivadas de esta sentencia son de primer orden, aunque deben reconducirse a las cuestiones suscitadas en el marco de aplicación de las directivas sobre contratos públicos –obras, 93/37/CEE; servicios, 92/50/CEE; suministros, 93/36/CEE, así como la relativa a los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, 93/38/CEE– y en lo que se refiere al umbral presupuestario aplicable a las mismas, y añade: "Por ello, la conclusión que debe extraerse de la sentencia del Tribunal de Justicia es la siguiente: las entidades privadas en las que concurran las tres circunstancias a que se refieren los artículos 1.b) de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 que celebren contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de tales directivas deberán ajustar los procedimientos de adjudicación a lo previsto en las mismas; respecto de ellas es de total aplicación la Directiva 89/665. De modo que en tales circunstancias, la disposición adicional sexta de la ley debe entenderse claramente superada y no siempre aplicable.

"Tal conclusión es esencialmente clara en relación con las fundaciones de iniciativa pública: las llamadas fundaciones del sector público estatal en la Ley 50/2002 (artículo 44 y ss.) y las constituidas por las administraciones autonómicas o locales. Tales fundaciones quedan, pues, en todo caso sometidas a las directivas comunitarias sobre contratación pública."

que la controlan, como también se afirma en la citada Sentencia de 18 de noviembre de 1999.

En cuanto a si el ente instrumental requiere, a su vez, de otros empresarios en la ejecución de obras o en la gestión del servicio público y si en estos supuestos los procedimientos y formalidades que han de observarse permiten una huida del Derecho administrativo, en la LCAP encontramos el artículo 152, relativo a la ejecución de las obras por la propia Administración –o con la colaboración de empresarios particulares, siempre que no se supere el umbral económico allí previsto–, al igual que sucede en el artículo 194, con el contrato de suministros, preceptos que no tienen el carácter de básicos, y en los que, cumpliendo los requisitos exigidos por la norma, la Administración puede utilizar sus medios propios, con o sin personificación,[11] y sin necesidad de contratación con terceros.

El artículo 202.1 de la LCAP, sobre consultoría, asistencia y servicios, básico, va incluso más allá al impedir a su vez contratar con terceros, en este caso, si se dispone por la Administración de medios suficientes.[12]

Además, se establece en el artículo 152 de la LCAP que cuando la ejecución de las obras se efectúe mediante contratos administrativos de colaboración –que no constituyen contratos de obras– la selección del empresario colaborador se efectuará por los procedimientos y formas de adjudicación establecidos en los artículos 73 y 74 –por lo tanto no tendrían cabida los contratos menores– e incluso se dispone que en los supuestos que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada o que posea elementos auxiliares utilizables en la obra y cuyo empleo suponga una economía superior al cinco por ciento del presupuesto de aquélla o una mayor celeridad en su ejecución, no podrá sobrepasarse en la contratación de estos colaboradores el cincuenta por ciento del importe total del proyecto.

El artículo 175 del Reglamento de la LCAP, aprobado por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, de carácter básico, aclara que cuando se llevan a cabo obras por administración y son necesarios contratos de suministro, consultoría y asistencia y de servicios para la ejecución de dichas obras, se han de adjudicar con sujeción a las reglas generales establecidas en la ley para la adjudicación del respectivo tipo de contrato.

Cuando, por el contrario, se trata de obras que no son llevadas a cabo por administración, es de aplicación la previsión contenida en la disposición adicional sexta de la LCAP, que como sabemos exige para los entes instrumentales societarios, de capital mayoritario público, el respeto de los principios que inspiran la contratación administrativa –publicidad y concurrencia–, "salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios", inciso que nos parece no acorde con la normativa comunitaria, con las consecuencias de inaplicabilidad que debería conllevar.

Cuarto. Sobre la base de cuanto hemos apuntado hasta aquí, la administración institucional de las entidades locales presenta, pues, desde un punto de vista teórico el siguiente sistema de fuentes: la Ley reguladora de las bases del régimen local, los preceptos básicos 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 –LCAP–, y del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, así como la normativa autonómica sobre régimen local y la que regule la Administración institucional de la respectiva comunidad autónoma, que en el caso de Aragón se concretan, especialmente, en el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, y el Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto refundido de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como el Decreto legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, que regula el régimen presupuestario y de contabilidad pública y de control de las empresas públicas.

Con carácter meramente supletorio de la regulación autonómica, y en lo que no esté derogado[13] por oponerse a la citada normativa de contratación, sería aplicable el título III del también citado Reglamento de servicios de las corporaciones locales, así como la normativa contenida en la LGP o en la LOFAGE, a lo que habría que añadir, en último lugar, la regulación autónoma que en el marco de dicha legislación fuese dictando la correspondiente entidad local.

El proyecto de ley de medidas de modernización del gobierno local sigue manteniendo como gestión directa

11. Recordamos de nuevo que la jurisprudencia comunitaria sobre los contratos *in house providing* exige que el ente territorial matriz debe ejercer sobre la persona jurídica instrumental un control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios, es decir, de absoluta dominación por lo que se refiere a la formación de su voluntad y que dicho ente instrumental ha de realizar la parte esencial de su actividad con el ente matriz.

12. Es recomendable la lectura del apartado dedicado por SOSA WAGNER F., a "la gestión directa y el empleo de los recursos propios", en *La gestión de los servicios públicos locales*, *op. cit.*, págs. 156-189, en el que se analiza con detalle, además, el supuesto especial de TRAGSA.

13. De acuerdo con lo previsto en este sentido por la disposición derogatoria única, apartado 1.f) del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

a la sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local, sin incluir a la sociedad mixta mayoritariamente participada por las corporaciones locales y efectúa, al mismo tiempo, una remisión respecto de los modos de gestión indirecta a las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 de la LCAP, con consecuencias, entre otras, como la desaparición expresa del arrendamiento, y aunque resulta positiva dicha remisión, la técnica empleada no nos parece la más adecuada ante la continua modificación normativa que venimos padeciendo –especialmente palpable en nuestro Derecho administrativo– y que hubiera aconsejado, en su lugar, prescindir de la cita concreta de dicho artículo.

Como ya señalamos antes, si prospera esta modificación legislativa, los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad no podrán prestarse por gestión indirecta y, como novedad, tampoco podrían serlo mediante sociedad mercantil de capital exclusivamente local. Sobre este particular, piénsese, en este sentido, que si las reglas de competencia y mercado no se exigen en los servicios públicos que implican ejercicio de autoridad, como así lo ha declarado la jurisprudencia comunitaria, exceptuando en estos casos la aplicación del artículo 86 del Tratado de la Unión, en cuyo concepto hay que entender comprendidos también –además de los clásicos servicios de autoridad– a los servicios económicos cuando desarrollan funciones de autoridad que van ligados a dicho contenido económico, no parece lógico que si se trata de sociedades de capital íntegramente local se impida prestar servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

Quinto. La actuación de los poderes públicos –y entre ellos, de los locales–, tal y como se encuentra constitucionalmente definida, puede exigir en ocasiones el que se acuda a fórmulas jurídicas propias del Derecho privado. En este sentido, y en principio, la creación y existencia de sociedades –o, en su caso, de fundaciones públicas o asociaciones– debe considerarse como un elemento coadyuvante de la consecución de estos fines.

El proyecto de ley de medidas para la modernización del Gobierno local, contempla un nuevo artículo en la LRL, el 85 ter, indicando que las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser desembolsado íntegramente por la entidad local. Asimismo, los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

Hasta ahora, el artículo 85.3.c) de la LRL efectuaba una mera mención de la sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local, al referirse a la gestión directa, y en este mismo artículo 85, apartado 4.e), a la sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local –gestión indirecta–, debiendo acudir también, para conocer la normativa aplicable, a los artículos 103 y siguientes del TRRL, de carácter supletorio, así como a los del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, también de naturaleza supletoria –especialmente los artículos 89 a 112, ambos inclusive–, y, finalmente, a la legislación societaria contenida en el Real decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas y en el real decreto legislativo y en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.

Si acudimos a las previsiones contenidas en el artículo 6 de la LGP, son sociedades estatales, a los efectos de dicha ley, las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus organismos autó-nomos y demás entidades estatales de Derecho pú-blico.

A nuestro juicio, sería más correcto que el carácter mayoritario se predicase en general, es decir, cuando se derivase de la presencia con dicho carácter no sólo del Estado o de sus organismos autónomos y demás entidades estatales de Derecho público, sino también cuando se derivase de la presencia del sector público de las comunidades autónomas y el de las entidades locales.

De la misma manera, cuando hablamos de gestión directa, hay que entender comprendidas en esta modalidad a las sociedades cuya titularidad corresponde no sólo a una sino también a varias entidades locales, aunque en este caso no sean, obviamente, unipersonales, dato éste que no es exigido por la ley, como sucede con GRHUSA, cuyo accionariado corresponde íntegramente al consorcio de la Agrupación n.º 1 de Huesca, con un ochenta y cinco por ciento y a la Diputación Provincial de Huesca, con el quince por ciento restante.

En cuanto a las sociedades cuyo capital pertenece íntegramente a la entidad local o a un ente público perteneciente a la misma, el artículo 154.2 de la LCAP, de carácter básico, determina, según tuvimos ocasión de ver, que no les serán aplicables las disposiciones del título II del libro segundo, relativas al contrato de gestión de servicios públicos –se entiende que se está refiriendo sólo a la relación ente matriz con el ente filial–, porque se desprende en este casos que no hay un verdadero contrato sino ejercicio de la potestad de

organización, aunque como bien señala Sosa Wagner,[14] dicha exclusión peca de apresurada, y en algunos casos sin causa, ya que de esta manera se omiten aspectos, como sucede con las previsiones contenidas en el artículo 160 de la LCAP, sobre obligaciones generales del contratista, que de esta manera pudiera pensarse equivocadamente que no son aplicables.

Este mismo autor sigue diciendo, por lo que se refiere a la defensa de la competencia, y a las previsiones del Derecho local sobre los monopolios, que hay que distinguir entre las actividades que constituyen un servicio público y las que se desarrollan en el marco del ejercicio de actividades económicas ordinarias, "es decir, no marcadas por el carácter especial que les presta el hecho de atender un servicio público, ya que, cuando de éste se trata, parece razonable que ceda la estricta aplicación de las normas que aspiran a garantizar la competencia".

Finalmente, respecto de la problemática de la contratación, nos remitimos a lo ya dicho anteriormente con carácter general en este trabajo, y a la interpretación que ha de darse a la disposición adicional sexta de la LCAP, que no se refiere a las sociedades de capital íntegramente local, sino mayoritario, aunque como ha señalado la mayoría de la doctrina también resulta aplicable lógicamente a aquellas sociedades.

3. Conclusiones

Primera. La sociedad mercantil GRHUSA es un ente instrumental cuyo capital es íntegramente público (un ochenta y cinco por ciento pertenece a la entidad local que es el Consorcio para la Gestión de Residuos Urbanos de la Agrupación n.º 1 de Huesca, y el quince por ciento restante a la Diputación Provincial de Huesca), pudiendo sostenerse que se trata de una modalidad de gestión directa, ya que hay que entender comprendida también en este modo gestor a las sociedades cuya titularidad corresponde a varias entidades locales y no sólo a una de ellas.

Segunda. La relación de las entidades matrices (Consorcio y Diputación Provincial de Huesca) con GRHUSA no es propiamente contractual sino manifestación y ejercicio de la potestad de organización, como mayoritariamente se sostiene por la doctrina y la jurisprudencia comunitaria, tratándose de encargos a un ente instrumental, *in house providing*, que no son contrarios al principio de igualdad entre licitadores, al ejercerse un control análogo al que se efectúa sobre sus propios servicios –de dominación a la hora de la formación de voluntades– y al realizar el ente instrumental la parte esencial de su actividad con los entes locales que lo controlan, como se afirma, entre otras, en las sentencias del TJCE, de 18 de noviembre de 1998, de 18 de noviembre de 1999 y de 7 de diciembre de 2000.

Tercera. La actividad contractual de GRHUSA –que debe entenderse como verdadero "poder adjudicador", al reunir los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria–, debe ajustarse a lo previsto en la disposición adicional sexta de la LCAP, por lo que estaría sujeta GRHUSA al cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia inspiradores de la contratación administrativa, en todo caso, y no como dicha disposición sostiene "salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios", inciso que resulta inaplicable de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria en esta materia.

No hay que perder la perspectiva, en este sentido, de que la legislación española en esta materia adolece de una cierta huida del Derecho administrativo, y que se empiezan a dar pasos en la línea de una acomodación mayor al Derecho comunitario, del que es una muestra el artículo 87 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que establece que los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que celebren con terceros TRAGSA y sus filiales, quedarán sujetos a las prescripciones –no sólo, por tanto, a los principios como dice la repetida disposición adicional sexta– de la Ley de contratos de las administraciones públicas, relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que su cuantía iguale o supere la de las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de la citada Ley de contratos de las administraciones públicas. ■

14. Sosa Wagner, F. *La gestión de los servicios públicos locales… Op. cit.*, págs. 123-125.

CRÓNICA DE LAS QDL ORDENANZAS

La sección "Crónica de las ordenanzas y los reglamentos locales" selecciona ordenanzas locales publicadas en los boletines oficiales de libre acceso por internet. En la sección se publican estudios que valoran el alcance de la potestad normativa local sobre una materia, 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, 4 se publica "Las ordenanzas municipales de protección frente al ruido. I. El marco jurídico y la perspectiva jurídica interdisciplinar", que es la primera parte de un trabajo que tendrá continuidad en el próximo número de la revista, que publicará su segunda parte.

La lucha contra el ruido a través de las ordenanzas municipales tiene una larga tradición en nuestro Derecho. Las ordenanzas han ido incorporando las técnicas más novedosas al hilo de las exigencias ciudadanas de mejora del medio ambiente ambiental y para dar respuesta a las nuevas formas de hacer ruido. La contaminación acústica se genera en múltiples actividades y abarca problemas de convivencia vecinal, de control de los emisores sometidos a licencia o autorización ambiental y el de los emisores sometidos a controles administrativos previos distintos o no sometidos a control administrativo.

El comentario parte de la premisa que el examen del concreto contenido de las ordenanzas vigentes (que será el objeto de análisis de la segunda parte del estudio) debe ir precedido del examen del nuevo marco normativo constituido por la Directiva 2002/49/CE sobre evaluación y gestión del ruido ambiental y por la Ley 37/2003, del ruido, una de las múltiples aprobadas en la fase final de la última legislatura. Esta primera parte del estudio no sólo aborda, sin embargo, esta cuestión, sino que delimita los contenidos característicos de las ordenanzas de lucha contra el ruido vigentes (que se establecen a través de las distintas ordenanzas tipo aprobadas por las comunidades autónomas) y un tema clave para comprender el alcance de las técnicas jurídicas para proteger a las personas frente al ruido: su carácter interdisciplinar. Interdisciplinariedad del objeto y de los métodos que exige aproximarse a los propios del Derecho constitucional, civil, penal y administrativo.

El análisis del nuevo marco jurídico, la descripción de los contenidos de las ordenanzas y el examen desde una perspectiva interdisciplinar de las cuestiones centrales constituyen el eje del trabajo que publicamos.

Las ordenanzas municipales de protección frente al ruido. I. El marco jurídico y la perspectiva jurídica interdisciplinar

Domènec Sibina Tomàs
Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. Introducción.
1.1. La división del trabajo en dos partes. 1.2. La necesidad de tener presente los recientes cambios normativos y la interrelación con ordenamientos distintos al del Derecho administrativo.
2. El protagonismo de los gobiernos locales y de las ordenanzas municipales en la lucha contra el ruido.
2.1. La Ley 37/2003, de 17 de noviembre (LR), y las competencias municipales para implementar las innovaciones derivadas de la transposición de la Directiva 2002/49/CE. 2.2. La Ley 37/2003, de 17 de noviembre (LR), y la lucha contra el ruido en las ordenanzas de policía y buen gobierno.
3. La tipología de aspectos que regulan las ordenanzas.
3.1. Las normas previstas en las ordenanzas tipo relativas al establecimiento de criterios de calidad acústica para las distintas zonas acústicas del municipio. 3.2. La regulación de las singularidades formales y materiales en autorizaciones o licencias ambientales que exige el control de la contaminación acústica y el seguimiento y control del ruido que producen las actividades ya autorizadas. 3.3. Regulación específica de las actividades, instalaciones, máquinas e instrumentos potencialmente contaminantes: vehículos a motor, aparatos de alarma, actividades de ocio y espectáculos, trabajos en la vía pública y actividades de los vecinos en el interior de las edificaciones. 3.4. La regulación de las zonas acústicamente saturadas. 3.5. Las técnicas de control administrativo de la contaminación acústica: inspección, licencias, medidas cautelares, infracciones y sanciones.
4. La Directiva 2002/49/CE del Parlamento y del Consejo, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, y la Ley estatal 37/2003, del ruido (LR).
4.1. La directiva. 4.2. La Ley estatal 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido (LR).
5. La perspectiva de la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas.
5.1. Las exigencias de la doctrina del TEDH y del TC para que la contaminación medioambiental vulnere el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8.1 del Convenio de Roma) y a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE). 5.2. La consideración por el TC del derecho al medio ambiente como un principio rector y su exclusión por el TEDH de la protección del Convenio de Roma. 5.3. Argumentos que permiten pensar que puede ampliarse por vía interpretativa el contenido protegido directamente por el derecho fundamental a la integridad física y a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, para dar mayor protección a los ciudadanos frente al ruido ambiental.
6. La perspectiva de la perturbación de los derechos individuales: las inmisiones y las relaciones de vecindad.
6.1. El concepto de inmisión. 6.2. El límite tolerable de las inmisiones acústicas. 6.2.1. El Código civil y las normas civiles forales. 6.2.2. La legislación de propiedad horizontal. 6.2.3. Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales. 6.3. La relevancia, desde el punto de vista del Derecho administrativo, del límite tolerable de las inmisiones.

1. Introducción

1.1. La división del trabajo en dos partes

En este número 4 del QDL analizaremos el marco jurídico en el que los municipios pueden dictar ordenanzas para actuar frente al "ruido", y en el próximo número analizaremos su ámbito normativo, las concretas soluciones que adoptan y las cuestiones que nos plantean, de acuerdo con el plan de trabajo que se enuncia en los apartados 2 y 3 de este comentario.[1]

El separar el trabajo en dos partes claramente diferenciadas, al margen de necesidades de espacio en un número de la revista tan denso como éste, es consecuencia de que las ordenanzas municipales que tienen por objeto la protección de la convivencia ciudadana y de los derechos personales y patrimoniales frente a la contaminación acústica, tienen un contenido que afecta derechos, se refiere a materias y prevé técnicas jurídicas en evolución, afectadas por cambios legislativos recientes e importantes. El acceso a la información sobre las ordenanzas existentes, que son muchas, sin una reflexión previa sobre el marco jurídico general, actualmente en proceso de cambio, puede significar un esfuerzo poco útil.

La anterior consideración la justificaremos mediante la descripción de los tipos de contenidos de las cuatro ordenanzas tipo que han aprobado las comunidades autónomas de Cataluña (Resolución de 30 de octubre de 1995); de Andalucía (Orden de 3 de septiembre de 1998, derogada por el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, del Gobierno de Andalucía); de Castilla-La Mancha (Resolución de 24 de abril de 2002), y de Galicia (Decreto 320/2002, de 7 de noviembre). La descripción de la tipología del contenido la realizamos a sabiendas de que la regulación concreta en ocasiones está derogada (es el caso de Andalucía) o que ya no se adecua a los cambios normativos (es el caso de Cataluña), ya que se trata de describir las cuestiones, no la solución, que deben abordar las ordenanzas de protección frente al ruido.

Las ordenanzas tipo nos permiten establecer el guión de los problemas que la ciudadanía plantea a los gobiernos locales y advertir, como decíamos, la profunda modificación que ha operado el marco jurídico general dentro del cual deben resolver las normas locales esos concretos problemas. El mismo guión que nos permite relacionar los problemas nos advierte sobre la interrelación entre el ordenamiento administrativo y el penal y el civil, todos ellos necesariamente interpretados a la luz de la posible afectación que puede producir el ruido en el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas protegidos constitucionalmente.

El marco constitucional, las recientes reformas legislativas en materia de ruido y la interrelación entre los ordenamientos administrativo, civil y penal son el examen previo que pretendemos realizar en este QDL, 4, como paso previo al análisis pormenorizado del ámbito y la regulación de los concretos aspectos que deben abordar las ordenanzas, que llevaremos a cabo en el próximo número 5 de la revista.

1.2. La necesidad de tener presente los recientes cambios normativos y la interrelación con ordenamientos distintos al del Derecho administrativo

Las ordenanzas[2] zonifican acústicamente el territorio; desarrollan la legislación medioambiental; controlan el cumplimiento de las normas sectoriales que permiten la circulación de vehículos y la utilización de máquinas e instrumentos potencialmente ruidosos; desarrollan técnicas de control preventivo e inspección del ruido producido por actividades que precisan de autorización ambiental, urbanística o demanial y de los actos ruidosos realizados por los ciudadanos que no las precisan; regulan las relaciones de convivencia y buena vecindad, y despliegan la potestad sancionadora en la materia.

Todo ello debe ser examinado desde las nuevas perspectivas que resultan de:

a) Por un lado, la *Directiva* 2002/49/CE del Parlamento y del Consejo, sobre *evaluación y gestión del ruido ambiental,* la *Ley estatal* 37/2003*, de 17 de noviembre, del*

1. En el QDL, 5 publicaremos la segunda parte de este comentario, en el que se analizan ordenanzas vigentes de lucha contra el ruido y la legislación autonómica que en cada caso les es de aplicación. La segunda parte se desarrolla mediante los siguientes epígrafes: 1. Los límites de la competencia normativa local. 2. El establecimiento de criterios de calidad acústica para las distintas zonas acústicas del municipio. 3. El control preventivo de la contaminación acústica en autorizaciones o licencias ambientales. 4. El control del ruido que producen las actividades ya autorizadas. 5. Regulación específica de las actividades, instalaciones, máquinas e instrumentos potencialmente contaminantes: vehículos a motor, aparatos de alarma, actividades de ocio en la vía pública, espectáculos, trabajos en la vía pública y actividades de los vecinos en el interior de las edificaciones. 6. La regulación de las zonas acústicamente saturadas. 7. La inspección, las medidas cautelares y las infracciones y sanciones.

2. Del examen de las ordenanzas tipo se desprende que las cuestiones que regulan son:

a) Los estándares de calidad de vida mediante la definición de zonas acústicas y del ruido tolerable en cada una de ellas y el establecimiento de límites de emisión para actividades e instalaciones y de inmisión en las fincas contiguas.

b) Las medidas de tutela, precaución y corrección frente a la contaminación acústica en los procedimientos, documentación y decisiones relativas a autorizaciones ambientales de actividades "ruidosas".

c) El control de los emisores que no precisan de autorización municipal, en especial los vehículos a motor, y los utilizados por los concesionarios de servicios públicos.

d) El control del ruido producido por las actividades y las relaciones de los vecinos.

e) La regulación de zonas acústicamente saturadas.

f) El régimen municipal de inspección y sancionador en materia de ruidos.

ruido (LR), y *las normas autonómicas dictadas con posterioridad a la directiva comunitaria* (en especial el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, del Gobierno de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica en Andalucía, que de manera expresa establece que transpone la Directiva 2002/49/CE[3] y desarrolla la ley andaluza).

b) Por otro, la protección *frente a las agresiones acústicas que constituyen vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas*; *perturbación del ejercicio de derechos individuales* (inmisiones y relaciones de vecindad) *e ilícitos penales*.

La protección de los derechos fundamentales frente al ruido no es una cuestión nueva, como sucede con los cambios legislativos enumerados. Sin embargo, existe una progresiva ampliación de la protección de los ciudadanos frente al ruido, por la vía de la interpretación jurisprudencial del alcance de la vulneración de los derechos fundamentales mediante agresiones acústicas y por la de la interpretación jurisprudencial de los ilícitos penales con los que puede conectarse la contaminación acústica. Este progresivo cambio en el punto de vista de los tribunales tiene aspectos consolidados y presenta tendencias, todavía no consolidadas, que también deben tenerse presentes para delimitar el nuevo marco jurídico en el que pueden dictarse ordenanzas municipales de protección frente al ruido.

Desde el punto de vista constitucional, debe afirmarse que vivir en un entorno no agresivo acústicamente, con calidad acústica ambiental, es un derecho de definición legal, dado que el artículo 45 de la CE contempla el medio ambiente como un principio rector que el legislador postconstitucional podrá configurar en auténticos derechos subjetivos. Sin embargo, a la luz de la doctrina jurisprudencial (del TEDH y del TC español), que sostiene que determinadas formas de contaminación acústica vulneran los derechos fundamentales a la vida privada y familiar (artículo 8.1 del Convenio de Roma) y a la integridad física y moral y a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 15 y 18.1 de la CE), se puede afirmar, también, que el derecho a no sufrir ruido ambiental tiene un contenido protegido directamente por la Constitución, en concreto, que el ruido ambiental y las concretas inmisiones que produce no vulneren esos concretos derechos aunque sea en los términos, ciertamente restrictivos, en que lo plantea la STC 119/2001. No debe pasar, por tanto, inadvertido el efecto expansivo que comporta en la delimitación del contenido de los derechos de los afectados por agresiones acústicas el reconocimiento de su conexión con derechos fundamentales.

La subjetivación de los derechos ambientales es una vieja cuestión,[4] y poco de nuevo podremos aportar nosotros. Sin embargo, a lo largo del comentario intentaremos destacar no sólo la doctrina jurisprudencial, sino también las opiniones vertidas en distintos votos particulares, emitidos en sentencias del TEDH y del TC español, respecto de la singular conexión del ruido ambiental con los derechos fundamentales. Advertimos que nuestro punto de partida, al destacar esas opiniones, es el de no compartir la separación, que realiza nuestro Tribunal Constitucional, entre entorno inmediato y domicilio a los efectos de tutela de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 18.1 de la CE. Consideramos que también se vulneran esos derechos fundamentales cuando en el entorno, ámbito imprescindible para acceder al domicilio, los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual *se ponga en peligro grave e inmediato la salud* por exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido o se produzcan emisiones acústicas *que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables* (la cursiva reproduce los requisitos que la STC 119/2001 exige para que la inmisión acústica en un domicilio lesione los derechos establecidos en los artículos 15 y 18.1 de la CE).[5]

3. Las leyes 16/2002 de la Generalitat de Cataluña, de 28 de junio, y 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de protección contra la contaminación acústica, son posteriores a la Directiva 2002/49/CE, pero no realizan una transposición de ésta, o, al menos, no una transposición sistemática y completa.

4. Los trabajos que lo abordan son muchos. Sin ánimo de ser exhaustivos, desatacamos BAÑO LEÓN, J. M., "La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses locales", en *Derecho al medio ambiente y Administración local*, obra colectiva coordinada por ESTEVE PARDO, J., Civitas-Diputación de Barcelona, 1996, páginas 613 a 628; CARRILLO DONAIRE, J. A. y GALÁN VIOQUE, R., "¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?", en REDA número 86, 1995, páginas 271 a 285; GARCÍA MACHO, R., "El principio rector medio ambiente y la protección de los ciudadanos frente al ruido", en *Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, obra colectiva coordinada por SOSA WAGNER, F., tomo III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 3543 a 3546; MARÍN LÓPEZ, A., "La contaminación acústica y la violación de los derechos fundamentales del hombre", en *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, número 37, 2002, página 9; VELASCO CABALLERO, F., "Protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* número 45, 1995, página 308.

5. La agresión acústica que significa andar por determinadas calles de nuestras grandes ciudades vulnera derechos fundamentales si se demuestra que el nivel de agresión acústica al entrar en contacto con ese entorno afecta a la integridad física (artículo 15 de la CE) y transmite un ruido a las edificaciones que impide el ejercicio del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.1 de la CE), aunque sea en los términos, ciertamente restrictivos, en que lo plantea la STC 119/2001. A pesar del criterio restrictivo que impera en la actual doctrina del Tribunal Constitucional, creo que será difícil continuar manteniendo que la intimidad y el derecho a la inviolabilidad del domicilio sólo tiene el contenido de vivir con las ventanas y puertas herméticamente cerradas, y en domicilios aislados acústicamente, y que no garantiza vivir en viviendas en las que al salir por la puerta se pueda hablar con el vecino y andar hasta la parada de los transportes públicos sin cascos protectores del ruido o sin ir proveído de analgésicos para afrontar el efecto del ruido actuando conjuntamente con el dolor de cabeza.

Desde otro punto de vista, la situación de interrelación entre ordenamientos y la compleja posición de los municipios fue enunciada con precisión por Garrido Falla, desde su último puesto de responsabilidad pública, en el que impartió justicia y magisterio. En el voto particular que emitió en la STC 2001/119, que se dicta en un asunto en el que se dirime la conculcación de los derechos fundamentales a la salud y a la intimidad por el ruido producido por una discoteca situada en una zona declarada acústicamente saturada, afirma:

"Hay que subrayar que la imputación de la lesión de los derechos fundamentales protegidos por los artículos 15 y 18.1 y 2 de la CE se dirigen en nuestro caso contra el Ayuntamiento de Valencia, es decir, contra una administración pública que no es directamente la productora de los ruidos.

"Quede claro, pues, que *se trata de derechos cuya vulneración puede producirse por actuaciones tanto de particulares como de cualquier poder público*. En el primer caso*, el dañado encuentra la suficiente protección tanto en las leyes civiles* (protección de las relaciones de vecindad: servidumbre de vistas, humos, olores, ruidos...), *como en las penales* (allanamiento de morada, artículos 202 y 534 del Código penal); *la particularidad de nuestro caso se advierte si tenemos en cuenta que los agentes directos de la saturación acústica que se denuncia son cabalmente personas privadas* (entre otras, la discoteca cuyo alto volumen de ruidos alega la recurrente). Dicho esto, debe quedar claro (aunque, por supuesto, no se desprenda lo contrario de nuestra sentencia) que, sin embargo*, lo que se ha cuestionado en la previa vía contencioso-administrativa y luego se trae a nuestro examen es la inactividad o pasividad del Ayuntamiento de Valencia frente al requerimiento de protección solicitado en su día por la recurrente en amparo*. Hay, pues, una cuestión previa *deficientemente clarificada*, a saber: *hasta qué punto la Administración pública requerida está obligada a dispensar la protección que de ella se solicita*. Esta previa obligación es a juicio del magistrado que suscribe, *el presupuesto que ha de tenerse en cuenta para admitir o negar la existencia de nexo causal entre la inactividad administrativa y la lesión del derecho fundamental alegado*. O, dicho de otro modo, y ahora desde la perspectiva de la actuación positiva de la Administración*: hay que preguntarse si a un ayuntamiento corresponde, en uso de sus potestades, impedir que actuaciones de particulares, sujetas a autorización o licencia administrativa, perturben los derechos fundamentales aquí invocados y si, y ésta es mi opinión el ejercicio de tales potestades, se convierte en obligatorio cuando la agresión a los derechos fundamentales alcanza un determinado nivel de gravedad*. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra c/ España) fundamenta su estimación precisamente en este tipo de razonamiento." (La cursiva es nuestra.)

El contenido del voto particular nos ayuda a justificar que debe examinarse el proceso de cambios legislativos, pero no olvidar que el ruido puede ser examinado desde perspectivas muy diversas. La larga tradición que tiene la actuación de los municipios en este ámbito se ancla en la regulación de las relaciones de vecindad a través de ordenanzas de policía y buen gobierno y en las ordenanzas municipales que se amparaba en la regulación administrativa estatal anterior a la Constitución sobre actividades que inciden en la salud de las personas y en el medio ambiente (esencialmente las normas de protección atmosférica y de actividades clasificadas). La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 2004 pone de relieve la relevancia aún hoy de estas normas preconstitucionales y las dificultades de combatir el fenómeno de la contaminación acústica al amparo de dicho marco normativo.[6]

Sin perjuicio de todo ello, las ordenanzas locales ponen de manifiesto que, desde el inicio de la reglamentación municipal, existen distintas perspectivas desde las que se puede afrontar la contaminación acústica y sus efectos sobre los derechos e intereses de los ciudadanos. Si en el inicio la relación entre la actividad normativa local y otros ámbitos ordinamentales se concretaba con la regulación civil de las relaciones de vecindad, hoy esta interrelación se mantiene pero se han añadido nuevas, y aún más relevantes, como son la afectación de derechos protegidos constitucionalmente y la protección penal frente a las agresiones acústicas.

6. La sentencia establece la constitucionalidad de una sanción administrativa por superar los límites de emisión sonora, impuesta por el alcalde del Ayuntamiento de Gijón el 29 de octubre de 1998, en aplicación de una ordenanza municipal cuyo régimen sancionador el Tribunal Constitucional, con tres votos particulares en contra, considera que tiene amparo en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico (aunque no en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas –RAMINP– aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre).

La dificultad a que nos hemos referido en el texto la acredita el contenido, muy fundado, del voto particular de tres magistrados (García Manzano, Casas Baamonde y Delgado Barrio) que afirman, entre otras consideraciones de interés, que: "A nuestro juicio, los preceptos legales indicados no sólo no contienen realmente una tipificación de infracciones, sino que ni siquiera establecen unos criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales el Ayuntamiento de Gijón pudiese establecer válidamente un cuadro de infracciones en materia de contaminación acústica, por lo que resulta imposible que constituyan, sin necesidad de un análisis más pormenorizado, cobertura legal de la infracción muy grave tipificada en el artículo 28.3.b) de la ordenanza municipal citada, y por cuya comisión se sancionó al recurrente. Pues bien, en la medida en que el principio de reserva de ley en materia sancionatoria exige que una norma con rango de ley formal tipifique las infracciones (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 3), o establezca al menos criterios mínimos de antijuridicidad que sirvan de orientación –además de límite– a las ordenanzas municipales (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 6), y que los artículos invocados de la Ley de protección del ambiente atmosférico sólo tipifican sanciones, pero no infracciones, sin ofrecer tampoco unos criterios de antijuridicidad mínimos, es evidente que en el caso presente se ha producido una vulneración del principio de legalidad en materia sancionatoria, en su vertiente relativa al principio de reserva de ley."

Las ordenanzas municipales de protección frente al ruido delimitan derechos subjetivos y obligaciones e incorporan mandatos a los poderes públicos. Pero no puede olvidarse que el régimen de derechos y obligaciones que resulte debe interpretarse a la luz del alcance constitucional de los derechos ambientales y de su subjetivización por la vía de que determinadas agresiones acústicas vulneran los derechos fundamentales a la integridad física, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio; del ámbito y derechos personales tutelados por el Derecho civil en materia de relaciones de vecindad e inmisiones y sin olvidar el límite que siempre supone, para la actuación de las administraciones públicas, la tipificación como ilícito penal de conductas para proteger los bienes jurídicos, que aquéllas también deben proteger, puestos en jaque por la contaminación acústica.

En el ámbito objetivo delimitado por el ruido concurren medios de tutela jurídico-públicos (el amparo constitucional, la protección penal y la protección de la actuación administrativa) y, privados (acciones civiles negatorias e indemnizatorias). A un único fenómeno de contaminación acústica el grado e intensidad, su carácter ambiental o localizado, la naturaleza jurídica pública o privada del emisor, la intencionalidad, el tipo de derecho individual afectado, entre otras causas, conllevará la llamada a uno u otro ordenamiento, que se interrelacionarán en muchas ocasiones.

La pluralidad de instrumentos de intervención y de defensa no puede obviarse, sea cual sea el objeto principal de estudio y aunque la presentación genérica de las distintas perspectivas carezca de valor en cuanto a su análisis concreto (carece de toda eficacia para resolver las cuestiones desde la concreta perspectiva constitucional, civil o penal), la creemos muy útil para no perder de vista nunca la interdisciplinariedad del objeto y de los métodos. Sirvan unos cuantos ejemplos de la necesidad de un examen que no pierda la perspectiva de conjunto, a saber:

a) En vía civil es posible obtener del juez la adopción de medidas de cese de la inmisión, correctoras de sus efectos o indemnizatorias respecto de actividades que cuentan con autorización administrativa y no superan los umbrales de contaminación establecidos en el ordenamiento administrativo.

b) La Administración no productora del daño responde en ocasiones por los daños producidos a un ciudadano por un tercero que ha vulnerado normas prohibitivas (sin estar establecido el camino de la acción de retorno contra quien causó efectivamente el daño y se benefició de causarlo) o responde directamente el que produce el ruido y el daño y obtiene el beneficio de causarlo, según cuál sea el camino procesal elegido por la persona que los sufre.

c) Se produce una clara disfunción en el seno del ordenamiento cuando las normas administrativas autorizan actividades previo control de los focos de *emisión* y en cambio para determinar si ha producido una vulneración del derecho a la vida privada debe atenderse a *la inmisión* en el *domicilio*.

d) Las asociaciones y organizaciones titulares de intereses legítimos o representativos de intereses colectivos o difusos afectados por el ruido ambiental pueden ejercer acciones contra la actividad o inactividad administrativa frente al ruido ambiental, que establezcan las bases de hecho y de prueba para el futuro ejercicio de acciones indemnizatorias por quienes crean haber sufrido un daño individualizable y efectivamente producido por ese ruido ambiental.

2. El protagonismo de los gobiernos locales y de las ordenanzas municipales en la lucha contra el ruido

La importancia de las ordenanzas municipales en la lucha contra el ruido ha sido destacada por la doctrina. Lorenzo Martín-Retortillo, que ha estudiado en diversos trabajos las técnicas jurídicas de lucha contra el ruido, en uno de ellos.[7] Tras destacar el papel que jugó el viejo Reglamento sobre actividades clasificadas, afirma que las ordenanzas municipales ocupan un lugar destacado entre los instrumentos jurídicos que pueden ser utilizados para contener los ruidos molestos y nos recuerda el claro protagonismo municipal en la función de protección del medio ambiente sonoro.

Este claro protagonismo municipal se ha reconocido tradicionalmente en la legislación y creemos que se mantiene en las nuevas normas comunitarias, estatales y autonómicas que afrontan la contaminación acústica desde criterios uniformes y más sistemáticos. La primera observación para justificar ese protagonismo es que en materia de contaminación acústica el nuevo régimen jurídico general y las nuevas técnicas de protección (evaluación del ruido, zonificación acústica, mapas acústicos ordinarios y estratégicos, planes de acción y planificación acústica y actuaciones concretas en las zonas acústicamente saturadas) precisan de una proyección singular y diferenciada sobre el territorio. Esa proyección singularizada sobre el territorio del régimen jurídico general, palmo a palmo, conlleva necesariamente un especial protagonismo de la planificación acústica, del planeamiento urbanístico y de las ordenanzas municipales que, es decir lo mismo, en nues-

7. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo. "Tres sentencias interesantes sobre el ruido (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santander)", en RVAP, número 41, de 1995. En este trabajo comenta las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santander de 26 de diciembre de 1990 y 3 y 17 de septiembre de 1991.

tra tradición jurídica, un especial protagonismo municipal.

A ello debe añadirse la tradicional incidencia del control del ruido mediante las ordenanzas de policía y buen gobierno y que uno de los factores que causa mayor alarma y conflicto (la movida en la calle) seguirá siendo objeto de regulación y control por las autoridades municipales. Veamos, sin perjuicio de su examen detallado en la segunda parte de este trabajo, ambos aspectos.

2.1. La Ley 37/2003, de 17 de noviembre (LR), y las competencias municipales para implementar las innovaciones derivadas de la transposición de la Directiva 2002/49/CE

El artículo 6 de la LR establece que "corresponde a los ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con las materias objeto de esta ley" y que "los ayuntamientos deberán adaptar las ordenanzas existentes y el planeamiento urbanístico a las disposiciones de esta ley y de sus normas de desarrollo."

El artículo 4 de la LR, respecto de las innovaciones establecidas en la ley, y el artículo 18 de la LR, respecto del control del ruido mediante el régimen de autorizaciones administrativas de las actividades con incidencia ambiental y los emisores de ruido, delimitan los ámbitos en los que se debe proyectar la competencia autonómica y local para hacer efectiva la regulación estatal y permiten, por tanto, la interpretación del artículo 6 de la LR.

El artículo 4 de la LR[8] relaciona las competencias en las que se concretan las innovaciones de la ley (elaborar, aprobar, delimitar y regular según cada caso las zonas acústicas, los mapas de ruido, los planes de acción y su ejecución y el conjunto de técnicas transpuestas de la Directiva 2002/49/CE sobre evaluación y gestión del ruido ambiental), que tienen carácter obligatorio sólo para unos concretos municipios (el artículo 14 de la LR y la disposición adicional primera de la LR determinan los municipios y los plazos), pero que nada impide que se establezcan e implanten en cualquiera otros.

El precepto que comentamos establece que las competencias deberán ser atribuidas por la legislación autonómica al nivel de gobierno territorial autonómico o local, salvo en lo relativo a las infraestructuras de titularidad estatal, que se atribuyen ya directamente en la LR a la Administración General del Estado. Añade, además, una regla de atribución competencial, plenamente acorde con el principio de subsidiariedad, muy relevante para los municipios: mientras no se produzca la atribución competencial por la legislación autonómica (o en defecto de atribución concreta a otra Administración), las competencias relacionadas en el artículo 4 de la LR corresponden a los *"ayuntamientos"* si el mapa de ruido de que se trate no excede de un término municipal. En nuestra opinión, del precepto se deduce la posibilidad que desde la entrada en vigor de la ley los municipios, con las cautelas que impone la falta de desarrollo reglamentario por el Estado y de desarrollo por el legislador autonómico, implementen y utilicen todas las técnicas previstas en la Directiva 2002/49/CE.[9]

El artículo 18 de la LR, que relaciona las técnicas de control del ruido, hace una remisión a las administraciones públicas competentes mediante autorizaciones

8. Artículo 4. Atribuciones competenciales.

1. Serán de aplicación las reglas contenidas en los siguientes apartados de este artículo con el fin de atribuir la competencia para:

a) La elaboración, aprobación y revisión de los mapas de ruido y la correspondiente información al público. b) La delimitación de las zonas de servidumbre acústica y las limitaciones derivadas de dicha servidumbre. c) La delimitación del área o áreas acústicas integradas dentro del ámbito territorial de un mapa de ruido. d) La suspensión provisional de los objetivos de calidad acústica aplicables en una área acústica. e) La elaboración, aprobación y revisión del plan de acción en materia de contaminación acústica correspondiente a cada mapa de ruido y la correspondiente información al público. f) La ejecución de las medidas previstas en el plan. g) La declaración de una área acústica como zona de protección acústica especial, así como la elaboración, aprobación y ejecución del correspondiente plan zonal específico. h) La declaración de una área acústica como zona de situación acústica especial, así como la adopción y ejecución de las correspondientes medidas correctoras específicas. i) La delimitación de las zonas tranquilas en aglomeraciones y zonas tranquilas en campo abierto.

2. En relación con las infraestructuras viarias, ferroviarias, aeroportuarias y portuarias de competencia estatal, la competencia para la realización de las actividades enumeradas en el apartado anterior, con excepción de la aludida en su párrafo c), corresponderá a la Administración General del Estado.

3. En relación con las obras de interés público, de competencia estatal, la competencia para la realización de la actividad aludida en el párrafo d) del apartado 1 corresponderá a la Administración General del Estado.

4. En los restantes casos:

a) Se estará, en primer lugar, a lo que disponga la legislación autonómica.

b) En su defecto, la competencia corresponderá a la comunidad autónoma si el ámbito territorial del mapa de ruido de que se trate excede de un término municipal, y al ayuntamiento correspondiente en caso contrario.

9. El mantenimiento del protagonismo municipal en el desarrollo de las innovaciones que se derivan del ordenamiento comunitario y en los ámbitos tradicionalmente atribuidos a la competencia local, se ha puesto de manifiesto en la primera norma autonómica que de manera expresa afirma transponer la Directiva 2002/49/CE. El Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, del Gobierno de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica en Andalucía, permite augurar que el legislador autonómico seguirá garantizando un régimen de amplias competencias municipales. Son de interés los artículos 4 y 5, que establecen:

Artículo 4. Competencias.

1. Dentro del ámbito de aplicación del presente reglamento, corresponde a la Consejería de Medio Ambiente la vigilancia, control y disciplina de la contaminación acústica en relación con las actuaciones públicas o privadas incluidas en los anexos I y II de la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de protección ambiental.

2. Corresponde a los ayuntamientos, de conformidad con el presente reglamento y en el marco de la legislación estatal y autonómica que resulte aplicable:

a) La aprobación de ordenanzas municipales de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones. b) La vigilancia, control y disciplina de la contaminación acústica, en relación con las actuaciones públicas o privadas no incluidas en los anexos I y II de la Ley 7/1994, de protección ambiental. c) La comprobación *in situ* por personal funcionario del cumplimiento de las medidas previstas en el correspondiente estudio acústico, respecto a las actividades recogidas en el anexos III de la Ley 7/1994, en el plazo que se establezca en dichas ordenanzas, con el fin de que se compruebe la veracidad del certificado aportado por las mismas. d) La determinación de las áreas de sensibilidad acústica, la declaración de zonas acústicamente saturadas, la elaboración y aprobación de mapas de ruidos en los casos señalados en el artículo 14, así como la elaboración de los planes de acción subsiguientes.

administrativas, básicamente las ambientales, y deja a salvo las competencias locales que vienen determinadas por la legislación sobre incidencia ambiental.

2.2. La Ley 37/2003, de 17 de noviembre (LR), y la lucha contra el ruido en las ordenanzas de policía y buen gobierno

El artículo 2 de la LR excluye de su ámbito de aplicación "las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos, cuando la contaminación acústica producida por aquéllos se mantenga dentro de límites tolerables de conformidad con *las ordenanzas municipales* y los usos locales", y el artículo 28.5 de la LR establece que las ordenanzas locales podrán tipificar infracciones en relación con "el ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias y con el ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales". Estos preceptos deben ponerse en relación con la nueva regulación título XI de la LBRL que resulta de la Ley 53/2002, de medidas para la modernización del gobierno local. La LBRL establece ahora (artículo 138) que para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local 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 contenidos en las correspondientes ordenanzas. Esta tipificación se puede realizar, de acuerdo, entre otros, al criterio (artículo 139) de considerar como infracción muy grave la 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 (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), para las que (artículo 140) las ordenanzas podrán prever una sanción de hasta 3.000 euros.

Se mantiene y se refuerza, por tanto, el ámbito de las ordenanzas municipales de policía y buen gobierno que, como decíamos, inciden en muchas de las molestias causadas por el ruido.

3. La tipología de aspectos que regulan las ordenanzas

La valoración de las últimas novedades en el marco jurídico que delimita la actuación de los gobiernos locales por vía de ordenanza, exige determinar cuál es el punto de partida, cuáles de las técnicas y de qué modo deben ser modificadas o adaptadas a lo establecido en la Directiva 2002/49/CE y en la LR o a lo establecido por la jurisprudencia en materia de ruido. En qué aspectos la nueva legislación desplaza las normas autonómicas que amparaban la regulación de las ordenanzas (por ejemplo, regulación de las zonas acústicamente saturadas o la tipología de infracciones o sanciones) o desapodera a los municipios de competencia (por ejemplo, en la fijación de los objetivos de calidad acústica en las distintas zonas acústicas o en los sistemas de evaluación y cálculo del nivel del ruido).

El balance que llevamos a cabo en este apartado lo realizamos con el objetivo de contextualizar el alcance de la nueva regulación y para delimitar el contenido de la segunda parte del trabajo que se centrará en determinar, ya de manera concreta y valorando toda la legislación aplicable, el régimen jurídico de cada una de las cuestiones que ahora relacionamos en forma de contenidos de las ordenanzas tipo examinadas.

3.1. Las normas previstas en las ordenanzas tipo relativas al establecimiento de criterios de calidad acústica para las distintas zonas acústicas del municipio

En este epígrafe incluimos los preceptos de las ordenanzas municipales que establecen, en el marco de la legislación estatal y autonómica, los límites de emisión acústica de las actividades e instalaciones y de inmisión en los inmuebles contiguos, en cada una de las zonas acústicas que regulan, y la forma de medir y valorar el ruido de aquellas actividades e instalaciones y del nivel de ruido ambiental en cada zona.[10]

3. Los municipios con población igual o superior a 20.000 habitantes deberán aprobar obligatoriamente las correspondientes ordenanzas municipales de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones, de conformidad con las determinaciones del presente reglamento.

Artículo 5. Ordenanzas municipales.

Las ordenanzas deberán regular como mínimo los siguientes aspectos, sin que en ningún caso puedan reducir las exigencias y los parámetros de contaminación acústica establecidos por este reglamento: a) La emisión de ruidos producida por la circulación de vehículos a motor, especialmente ciclomotores y motocicletas. b) Los sistemas sonoros de alarma. c) La emisión de ruidos producida por actividades de ocio, espectáculos públicos, recreativas, culturales y de asociacionismo. d) Los criterios para la autorización de licencia para veladores en establecimientos de hostelería y su régimen de control como actividad generadora de ruidos en la vía pública. e) Los trabajos en la vía pública y en las edificaciones. f) Las actividades de carga y descarga de mercancías. g) Las actividades propias de la relación de vecindad, como el funcionamiento de aparatos electrodomésticos de cualquier clase, el uso de instrumentos musicales y el comportamiento de animales domésticos. h) Las instalaciones de aire acondicionado, ventilación o refrigeración. i) Los trabajos de limpieza de la vía pública y de recogida de residuos. j) Los mecanismos de coordinación interna entre los distintos departamentos del Ayuntamiento que tengan competencia sobre una misma actividad generadora de ruidos.

10. Pueden examinarse, para acreditar lo que se señala en el texto, las siguientes normas de las ordenanzas tipo: a) El capítulo 2, "Objetivos de calidad" (artículos 6 a 10 y anexos 1 a 5), de la ordenanza tipo aprobada por la Resolución de 30 de octubre de 1995 del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña. b) El título II, "Normas de calidad acústica" (artículos 5 a 16, el anexo I en el que se delimita la zonificación y tipo de local para fijar los límites de emisión e inmisión de actividades y los anexos II y III

Es importante destacar la diversidad de zonificaciones, o quizá mejor de denominaciones de las zonas, establecidas por las ordenanzas[11] y por las normas de las comunidades autónomas y la importancia que tiene la nueva regulación establecida por la Ley estatal del ruido, tanto respecto a la zonificación como a las técnicas de evaluación y medición.

La técnica de la zonificación, que diferencia el territorio por los usos predominantes a los que se destinan las actividades que se realizan en el mismo, tomada por el urbanismo español de la legislación sanitaria de principios del siglo XX,[12] se muestra de enorme utilidad para establecer estándares de calidad acústica y el Estado, en la LR y en una vuelta a los orígenes sanitarios de la zonificación se atribuye como competencia propia el establecimiento de los objetivos de calidad acústica para las distintas zonas acústicas que establece la ley, al amparo de los títulos competenciales bases y la coordinación general de la sanidad y legislación básica sobre el medio ambiente (en el artículo 8 de la LR, que no se considera inconstitucional en el Dictamen 249, de 28 de enero de 2004, del *Consell Consultiu* de la Generalidad de Cataluña,[13] que fundamenta el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra otros preceptos de la LR). Asimismo, al amparo de estos mismos títulos competenciales atribuye al Gobierno el establecimiento de los valores límite de emisión de los diferentes emisores acústicos.

3.2. La regulación de las singularidades formales y materiales en autorizaciones o licencias ambientales que exige el control de la contaminación acústica y el seguimiento y control del ruido que producen las actividades ya autorizadas

El contenido de las ordenanzas en este ámbito está condicionado por la regulación establecida en la Ley estatal 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, y en la regulación específica de cada comunidad autónoma en materia de autorizaciones y licencias ambientales,[14] de carácter general o específica de protección

que fija los límites de emisión para los vehículos a motor), de la ordenanza tipo aprobada por la Orden de 3 de septiembre de 1998 del Departamento de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía. c) El título II, "Normas de calidad acústica" (artículos 5 a 13 y los anexos I y II que establecen los límites de emisión, inmisión y ambientales según la zona y los límites de emisión para los vehículos a motor), de la ordenanza tipo aprobada por la Resolución de 23 de abril de 2002 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha. d) El capítulo II, "Niveles máximos exigibles de ruido y vibración" (artículos 4 a 6 y anexos I y II), de la ordenanza tipo aprobado por el Decreto 320/2002, de 7 de noviembre, de la Xunta de Galicia.

11. Sirva de ejemplo que la ordenanza tipo de Castilla-La Mancha distingue entre área de silencio (uso sanitario y bienestar social), levemente ruidosa (residencial, educativa, cultural y religiosa), tolerablemente ruidosa (oficinas, recreativa y deportiva), ruidosa (industrial) y especialmente ruidosa (ferrocarriles, carreteras y transporte aéreo). A su vez, la ordenanza tipo de Galicia entre zonas de alta sensibilidad acústica (los sectores del territorio que exigen una protección alta contra el ruido como áreas sanitarias, docentes, culturales o espacios protegidos), de moderada sensibilidad acústica (los sectores del territorio que admiten una percepción de nivel sonoro medio como viviendas, hoteles o zonas de especial protección como centros históricos), de baja sensibilidad acústica (los sectores del territorio que admiten una percepción del nivel sonoro elevado como restaurantes, bares, locales o centros comerciales), zonas de servidumbre (sectores del territorio afectados por servidumbres sonoras o a favor de sistemas generales de infraestructuras viarias, ferroviarias u otros equipamientos que la reclamen) y zonas específicas justificadas por los usos del suelo o la concurrencia de causas (que es una categoría que cumple la función de cajón de sastre). En la ordenanza tipo de Galicia se distingue para cada zona el tipo de recinto (habitación, sala de espera, aula de enseñanza, elementos comunitarios de los edificios, etc.).

12. La Instrucción general de la sanidad aprobada por el Real decreto de 12 de marzo de 1904 inició el desarrollo en España, en un momento en que la mortalidad media española sólo era superada en toda Europa por Rusia, las bases de la legislación sanitaria y en especial de salubridad pública. La complejidad de su desarrollo normativo ha sido estudiada por Bassols Coma y sintetizado por Parejo Alfonso. Nos interesa destacar de ese proceso que la Real orden de 9 de agosto de 1923, que aprueba unas "condiciones higiénicas de las viviendas y las condiciones técnico-sanitarias para el ensanche y reforma interior de las poblaciones", es la norma a la que la doctrina atribuye la introducción en nuestro Derecho de la técnica la zonificación y la fijación de los estándares urbanísticos materiales que se incorporarán al Reglamento de obras y servicios municipales del año 1924. La historia del urbanismo en España tiene como obra jurídica de referencia BASSOLS COMA, M., *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956),* Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, y ese período histórico se sintetiza, siguiendo la obra de Bassols Coma, por Parejo Alfonso en GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho urbanístico,* Ed. Civitas, Madrid, 1981, segunda edición, páginas 69 a 98. La afirmación que realizamos en esta nota se puede ampliar en esta última obra, páginas 81 y siguientes.

13. Al que se puede acceder en la página www.cconsultiu.es.

14. La relación de normas autonómicas que regulan las actividades con incidencia ambiental y que desarrollan o sustituyen el Reglamento de actividades clasificadas de 1961 es extensa. También lo es el conjunto de normas autonómicas que regulan aspectos diversos o sistemáticamente la contaminación acústica. Las relacionamos, con separación de uno y otro grupo normativo, seguidamente:

Andalucía:

a) Ley 7/1994, de 19 de mayo, de protección del medio ambiente; Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, de calificación ambiental, y Decreto 153/1996, de 30 de abril, de informe ambiental.

b) Decreto 326/2003 de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica, y Decreto 74/1996, por el que se aprueba el Reglamento de la calidad del aire (parcialmente derogado por el Decreto 326/2003).

Asturias:

a) Decreto 14/1980, de 16 de junio, de distribución de competencias transferidas en materia de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, ferias interiores y sanidad, y Ley 12/1984, de 21 de noviembre, que habilita al Consejo de Gobierno para elegir la facultad de informe sobre actividades clasificadas, molestas, insalubres, nocivas y peligrosas en los ayuntamientos.

b) Decreto 99/1985, de 17 de octubre, por el que se aprueban las normas sobre condiciones técnicas de los proyectos de aislamiento acústico y vibraciones.

Baleares:

a) Decreto 4/1986, de 23 de enero, de implantación y regulación de los estudios de evaluación de impacto ambiental; Ley 8/1995, de 30 de marzo, de atribución de competencias a los consejos insulares en materia de actividades clasificadas y parques acuáticos, y Decreto 18/1996, de 8 de febrero, que aprueba el Reglamento de actividades clasificadas.

b) Decreto 20/1987, de 26 de marzo, de medidas de protección contra la contaminación acústica.

Canarias:

Ley 1/1998, de 8 de enero, de régimen jurídico de actividades clasificadas y espectáculos públicos, y Decreto 193/1998, de 22 de octubre, de horarios de apertura y cierre de determinadas actividades sujetas a la Ley 1/1998, de 8 de enero.

de la contaminación acústica.[15] Debemos recordar que la transposición al ordenamiento interno de los instrumentos de protección ambiental establecidos por el legislador comunitario (evaluación de impacto y control integral de la contaminación), no siempre ha seguido el *iter* legislación estatal y posteriormente autonómica y que las directivas comunitarias sobre prevención y control de la contaminación han significado un cambio cualitativo en la regulación de las actividades con incidencia ambiental, denominadas tradicionalmente como actividades clasificadas.

En las ordenanzas municipales tipo, en relación con las actividades sometidas a autorización o licencia ambiental potencialmente "ruidosas", se establecen distintas técnicas para minimizar la contaminación acústica, entre otras: tipologías de aislamiento para conseguir no superar los niveles de inmisión establecidas para cada zona; limitadores o equipos de control de la emisión (con las funciones de las cajas negras de los aviones o de los tacómetros de los vehículos de transporte),[16] y la exigencia de incorporar estudios acústicos en al documentación que debe presentar el titular de la actividad para obtener la autorización.[17]

3.3. Regulación específica de las actividades, instalaciones, máquinas e instrumentos potencialmente contaminantes: vehículos a motor, aparatos de alarma, actividades de ocio y espectáculos, trabajos en la vía pública y actividades de los vecinos en el interior de las edificaciones

Las ordenanzas, cuando afrontan el mayor foco de contaminación ambiental (el tráfico y los vehículos a motor), deben someterse a una legislación sectorial muy precisa y detallada que establece los criterios de homologación técnica y los límites de emisión sonora que deben cumplir estos vehículos. Por ello las ordenanzas establecen principalmente medidas de control del cumplimiento de la normativa sectorial de ruidos de los vehículos y de restricción de la circulación.

Cantabria:

Decreto 1/1997, de 9 de enero, por el que se crea la Comisión Regional de Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas.

Castilla y León:

a) Ley 5/1993, de 21 de octubre, de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas; Decreto 159/1994, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, modificado por el Decreto 66/1998, de 26 de marzo, y por el Decreto 146/2001, de 17 de mayo, y Decreto 82/1998, de 28 de julio, de asignación de competencias a diversos órganos de la comunidad autónoma, sobre protección del medio ambiente.

b) Decreto 3/1995, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas.

Castilla-La Mancha:

Decreto 37/1998, de 12 de mayo, de régimen de delegación de competencias en los ayuntamientos y las mancomunidades.

Cataluña:

a) Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental, modificada por la Ley 13/2001, de 13 de julio, y Decreto 136/1999, de 18 de mayo, que aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 3/1998, de 27 de febrero.

b) Ley 16/2002, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica.

Comunidad Valenciana:

a) Ley 3/1989, de 2 de mayo, de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y Decreto 54/1990, de 26 de marzo, sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

b) Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica.

Extremadura:

Decreto 19/1997, de 4 de febrero, de reglamentación de ruidos y vibraciones.

Galicia:

a) Decreto 442/1990, de 13 de septiembre, de evaluación de impacto ambiental; Decreto 327/1991, de 20 de octubre, de evaluación de los efectos ambientales; Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección del medio ambiente, modificada por la Ley 2/1995, de 31 de marzo; Decreto 155/1995, por el se regula el Consejo Gallego de Medio Ambiente; Decreto 156/1995, de inspección ambiental, y Orden de 30 de mayo de 1996, por la que se regulan la inspección ambiental y la tramitación de denuncias ambientales.

b) Ley 7/1997, de protección contra la contaminación acústica, y Decreto 150/1999, que aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica.

La Rioja:

Decreto 10/1997, de 27 de abril, de asunción y distribución de competencias transferidas por el Estado en materia de sanidad; Decreto 76/1990, de 12 de julio, de relación de normas específicas de control de la contaminación acústica aprobadas por las comunidades autónomas; Decreto 49/1998, de 31 de julio, que modifica el Decreto de 21 de marzo de 1997, de competencia, composición y funcionamiento de la Comisión del Medio Ambiente, y Acuerdo de la Comisión de Medio Ambiente, de 18 de julio de 1996 (BO de La Rioja de 6 de agosto de 1996), que determina el contenido del proyecto técnico para instalación o ampliación de actividades clasificadas.

Madrid:

a) Ley 2/2002, de 19 de junio, de protección del medio ambiente y de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid.

b) Decreto 78/1999, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid.

Murcia:

a) Decreto 88/1992, de 26 de noviembre, de delegación de competencias en el Ayuntamiento de Murcia en materia de actividades clasificadas, y Ley 1/1995, de 8 de marzo, de protección ambiental.

b) Decreto 48/1998, de protección del medio ambiente frente al ruido.

Navarra:

a) Ley foral 16/1989, de 25 de diciembre, de control de las actividades clasificadas para la protección del medio ambiente, modificada parcialmente por la Ley foral 1/1999, de 2 de marzo, de medidas administrativas de gestión medioambiental; Decreto foral 32/1990, de 15 de febrero, que aprueba el Reglamento de actividades clasificadas para la protección del medio ambiente, modificado parcialmente por el Decreto foral 304/2001, de 22 de octubre, y Decreto foral 227/1993, de 19 de julio, que establece el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de urbanismo y de control de actividades para la protección del medio ambiente.

b) Decreto foral 135/1989, de 8 de junio, por el que se establecen las condiciones técnicas que deberán cumplir las actividades emisoras de ruidos o vibraciones.

País Vasco:

Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente, en el capítulo III, del título tercero, relativo a la ordenación de las actividades con incidencia en el medio ambiente, que contempla el régimen jurídico de aplicación a las actividades clasificadas, y Decreto 165/1999, de 9 de marzo, por el que se establece la relación de actividades exentas de la obtención de la licencia prevista en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección del medio ambiente.

15. Los artículos 7 y 8 de la ordenanza tipo de Galicia se remiten a lo dispuesto en la Ley gallega 7/1997, de protección de la contaminación acústica, en lo relativo a las autorizaciones para las actividades relacionadas con los usos industriales, terciarios y de equipamientos.

16. Ver los artículos 17 a 19 de la ordenanza tipo de Andalucía.

17. Ver los artículos 16 y 17 de al ordenanza tipo de Castilla-La Mancha, los artículos 24 a 29 de la ordenanza tipo de Andalucía, o el artículo 13 de la ordenanza tipo de Cataluña.

Las ordenanzas, al regular las actividades que generan mayor conflictividad vecinal (las actividades de ocio y espectáculos), complementan aspectos vinculados con la legislación de actividades con incidencia ambiental (doble puerta, sonógrafo, aislamientos, etc.) y los relativos a la convivencia vecinal (entrada y salida de personas de los locales, actividades al aire libre y concentraciones ruidosas de ciudadanos). Las ordenanzas en este punto cumplen el papel de las tradicionales ordenanzas de policía y buen gobierno, que se complementa con el otro aspecto característico de éstas: la convivencia vecinal y las molestias acústicas que se producen desde los domicilios particulares.[18]

Finalmente, en esta relación de actividades singularmente relevantes en materia de contaminación acústica, las ordenanzas tipo examinadas regulan el uso del dominio público cuando es causa de molestia acústica (obras en general) y los aspectos de la prestación de los servicios públicos que causan mayor ruido (el supuesto paradigmático es la recogida de basuras nocturna).

3.4. La regulación de las zonas acústicamente saturadas

Una de las cuatro ordenanzas tipo, la de Andalucía, aborda una cuestión recogida en muchas ordenanzas municipales. Se trata de la regulación de las zonas de alta contaminación acústica por el efecto aditivo de actividades que singularmente consideradas cumplen los requisitos de insonorización, o podrían cumplirlos si la Administración tuviera una actitud vigilante. Se trata de un problema de ruido ambiental por acumulación de emisores diversos.[19]

Las técnicas de contención y reducción del ruido en las zonas saturadas están establecidas en numerosas normas autonómicas[20] y ahora en la legislación estatal del ruido.[21] Existe una larga tradición de regulación por las ordenanzas municipales en esta materia. Alonso Segovia,[22] al hilo del estudio del acuerdo de zonas saturadas adoptado por el Ayuntamiento de Zaragoza el 29 de septiembre de 1995, nos describe el proceso. En primer lugar, se dan pasos en el ámbito del planeamiento urbanístico (planes de mejora del medio urbano) y posteriormente en las ordenanzas municipales y una vez se muestran insuficientes las disposiciones relativas a la insonorización, aislamiento y las de orden público recogidas en el Reglamento de actividades y en el de espectáculos públicos, surgen en nuestro panorama normativo, paulatinamente, nuevas formas de regulación de este fenómeno. La autora citada afirma: "En un primer momento aparecieron las denominadas 'ordenanzas de distancias mínimas', con las que se trataba de evitar los ruidos [...] derivados de la acumulación de actividades en un determinado sector urbano [...], esas ordenanzas pronto se descubren insuficientes ante supuestos verdaderamente excepcionales de concentración ya establecida o consolidada. Surge en estos casos la novedosa medida [...] de declaración de zona saturada que podemos definir como el acotamiento de una superficie determinada sometiéndola a especiales medidas [...]."

En la misma línea de actuaciones municipales se pueden citar, además de las ordenanzas de distancias mínimas[23] a que se refiere la citada autora, las ordenanzas que restringen la realización de obras de construcción

18. Sirvan de ejemplo los artículos 51 a 54 de la ordenanza tipo de Andalucía.

19. Así, por ejemplo, zonas de la ciudad en las que los vehículos a motor no superan los límites permitidos, los aparatos de refrigeración y los cláxones y aparatos de alarma tampoco, la multitud de personas no gritan simultáneamente y los bares musicales y discotecas cumplen las normas de insonorización y, sin embargo, los vecinos sufren un ruido ambiental insoportable alentado en muchas ocasiones por la tolerancia administrativa frente a los incumplimientos de las normas reguladoras de actividades molesta o insalubres o de la convivencia ciudadana.

20. Las tres normas autonómicas específicas de protección contra el ruido aprobadas más recientemente afrontan la cuestión del siguiente modo:

a) El artículo 8 de la Ley catalana 16/2002 regula las zonas acústicas de régimen especial (ZARE) sin establecer técnicas concretas de actuación, dado que se limita a señalar que los municipios deben reducir progresivamente el ruido "con los diversos instrumentos legales, normativos y de control de los que disponen".

b) Los artículos 28 a 31 de la Ley valenciana 7/2002, con mayor precisión, regulan las zonas acústicamente saturadas, cuya declaración como tales permite suspender la concesión de licencias que pudieran agravar la situación, establecer horarios restringidos, prohibir la circulación de determinados vehículos y cualquiera otras que se consideren adecuadas.

c) Los artículos 17 a 20 del Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, del Gobierno de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica en Andalucía, regulan las zonas acústicamente saturadas, prevén las mismas medidas contempladas en la legislación valenciana y añaden: la suspensión de licencias de disminución o ampliación de actividades, salvo que conlleven disminución de la contaminación acústica; la prohibición o limitación de colocar mesas y sillas en la vía pública, y el establecimiento de límites de emisión al exterior más restrictivos que lo de carácter general, exigiendo a los titulares de actividades realizar las medidas correctivas complementarias.

21. Los artículos 25 y 26 de la LR regulan estas zonas con el nombre de "zonas de protección acústica especial", y como "zonas de situación acústica especial". Para las primeras, la ley exige la elaboración de planes zonales acústicos en los que pueden prever las siguientes actuaciones: *a*) señalar zonas en las que se apliquen restricciones horarias o por razón del tipo de actividad a las obras a realizar en la vía pública o en edificaciones; *b*) señalar zonas o vías en las que no puedan circular determinadas clases de vehículos a motor o deban hacerlo con restricciones horarias o de velocidad, y *c*) no autorizar la puesta en marcha, ampliación, modificación o traslado de un emisor acústico que incremente los valores de los índices de inmisión existentes.

Para las segundas, que deben declararse si fracasan los planes zonales que se desarrollen en una zona de protección acústica especial, se aplicarán medidas correctoras específicas dirigidas a que, a largo plazo, se mejore la calidad acústica y, en particular, a que no se incumplan los objetivos de calidad acústica correspondientes al espacio interior.

22. ALONSO SEGOVIA, Beatriz. "Las zonas saturadas en Zaragoza: ¿acierto o desatino?", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 10, 1997, páginas 457 a 475.

23. Sirva para ejemplarizar las ordenanzas de distancias mínimas la Ordenanza del Ayuntamiento de Santander sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones, aprobada el 24 de mayo de 1988. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cantabria dictó sentencia el 16 de julio de 1992 desestimando el recurso interpuesto contra la ordenanza.

durante períodos determinados, normalmente veraniegos en los municipios turísticos, que son también una manifestación de protección de determinadas zonas ante las molestias que generan la suma aditiva de distintas actividades, en este caso, las derivadas de la construcción de edificios.[24]

3.5. Las técnicas de control administrativo de la contaminación acústica: inspección, licencias, medidas cautelares, infracciones y sanciones

No todas las actividades que generan ruido precisan obtener autorización administrativa previa y las que la precisan pueden incumplir las condiciones, infringir el ordenamiento o estar obligadas a revisar la licencia periódicamente o a adaptarse a las modificaciones normativas. El control del ruido admite, por tanto, múltiples técnicas administrativas de control y por ello las ordenanzas regulan el régimen de inspección y vigilancia, el de autorización y el sancionador, con especial énfasis en el régimen de medidas cautelares.

En el ámbito de inspección, sancionador y de la adopción de medidas cautelares han sido sistemáticas las dificultades de las ordenanzas municipales para afrontar los problemas del ruido como consecuencia de las insuficiencias del ordenamiento para cumplir las garantías constitucionales En este punto la Ley estatal del ruido da un vuelco a la situación: *a*) atribuye la potestad sancionadora a las comunidades autónomas y *a los ayuntamientos* (artículo 30); *b*) establece una habilitación legal expresa para realizar las tareas de inspección en materia de ruidos (artículo 27); *c*) detalla un cuadro completo de infracciones respecto del incumplimiento de valores límite y condiciones establecidas en materia acústica en el ejercicio de actividades sometidas a autorización, en la utilización de instalaciones y equipos y en la construcción de edificaciones, tipifica como infracción el incumplimiento de las medidas cautelares impuestas y reserva a la tipificación por ordenanza de los comportamientos acústicamente incívicos o que lesionen las relaciones de buena vecindad (artículo 28); *d*) establece un cuadro de sanciones (artículo 29), y *e*) determina las medidas cautelares que se pueden imponer una vez iniciado el procedimiento sancionador.

El cambio normativo es sin duda de enorme calado, desde una perspectiva de conjunto de los municipios españoles, sin perjuicio que en el análisis pormenorizado en la segunda parte de este trabajo se nos plantearán los problemas de la incorporación a las ordenanzas municipales del nuevo régimen, proceso en el que debe tenerse presente la legislación autonómica vigente (por ejemplo, la inspección, la tipificación y la sanción de la "movida" en la calle debe establecerse en las ordenanzas con la perspectiva que resulta de la legislación autonómica que prohíbe la venta y el consumo de bebidas en la calle). También deberemos ponderar la existencia de criterios técnicos discutibles en la ley estatal (por ejemplo, se sigue sosteniendo que la revocación o suspensión de una licencia por incumplimiento de las condiciones que permiten su ejercicio es una sanción y no una mera revocación de una acto administrativo, el cese de su eficacia mientras no se restablecen esas condiciones o un supuesto de reacción administrativa ante el ejercicio de la actividad sin licencia, dado que se realiza con una licencia que no ampara la concreta forma en que se lleva a cabo).

4. La Directiva 2002/49/CE del Parlamento y del Consejo, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, y la Ley estatal 37/2003, del ruido (LR)

4.1. La directiva

El cambio normativo a que nos hemos referido en el inicio de este trabajo lo encabeza la Directiva 2002/49/CE del Parlamento y del Consejo, sobre *evaluación y gestión* del ruido *ambiental*.[25] Es un importante paso que debe enmarcarse en el giro que se produce en la opinión de las instituciones comunitarias, a partir del libro verde de la Comisión Europea sobre política futura de lucha contra el ruido.[26] En el apartado 4 del libro verde ("Hacía un nuevo marco para la política comunitaria contra el ruido") ya se sugieren ámbitos en los que es necesario un planteamiento común, en concreto, el establecimiento de métodos comunes de evaluación, la

24. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Baleares sanciona la legalidad de una de estas ordenanzas en la Sentencia de 1 de junio de 2001. En concreto, se impugna el artículo 69.3.a) de la Ordenanza de policía y buen gobierno del municipio de Santanyí, que establece: "En las zonas de Cala d'Or, Cala Egos, Porto Petro, Cala Figuera y en la zona de Cala Santanyí en un radio de 200 m de hoteles y restaurantes, desde el 15 de mayo al 15 de octubre de cada año, no se podrá ejecutar ningún tipo de obra, excepto aquellas que puedan ser autorizadas por la Comisión de Gobierno en el interior de edificios que estén completamente terminados por fuera y cerrados, así como obras menores de carácter urgente que sean necesarias por razones de ornato, seguridad o salubridad."

25. El alcance que tiene el concepto ruido ambiental en la Directiva 2002/49/CE, y por consiguiente el alcance de las técnicas que arbitra, debe establecerse desde la perspectiva positiva (define el ruido ambiental como el sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas, incluido el ruido emitido por los medios de transporte, por el tráfico rodado, ferroviario y aéreo y por emplazamientos de actividades industriales como los descritos en el anexo I de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación) y desde la perspectiva negativa (excluye de su ámbito de aplicación al ruido producido por la propia persona expuesta, por las actividades domésticas, por los vecinos, los producidos en el lugar de trabajo y en el interior de medios de transporte, y los ruidos debidos a las actividades militares en zonas militares).

26. Documento COM (96) 540 final, Bruselas, de 4 de noviembre de 1996.

determinación de índices comunes de exposición y el intercambio de información; se prevén acciones sobre las diferentes fuentes, con atención prioritaria a los medios de transporte, y se señala la necesidad de actuar desde un enfoque integrado. Se afirma, expresamente, en este último sentido, que la Comunidad puede desempeñar un papel de ayuda a los estados miembros en los instrumentos de planificación territorial, educación y aumento de sensibilización en relación con el ruido.

Como es sabido, la actuación comunitaria estaba inicialmente más centrada, en cita obligada de Krämer, en garantizar la libre circulación de mercancías que en la protección contra el ruido,[27] lo cual dirigió la actividad del legislador comunitario a establecer limitaciones para vehículos, instalaciones y aparatos potencialmente ruidosos.[28]

El ruido ambiental es el resultado aditivo de distintos emisores acústicos y su evaluación y gestión, en los términos previstos en la Directiva 2002/49/CE, deberá realizarse obligatoriamente respecto de las grandes aglomeraciones de la población y a los grandes ejes viarios, ferroviarios y grandes aeropuertos,[29] ámbitos de actuación que responden a los objetivos citados del libro verde de la Comisión Europea sobre política futura de lucha contra el ruido. Sin perjuicio de esos ámbitos concretos y directos de incidencia (grandes aglomeraciones y áreas de influencia de las grandes infraestructuras), la directiva tiene un contenido normativo que incidirá necesariamente en la actuación municipal por la vía de las ordenanzas y de la planificación, con independencia de la población de los municipios y de su cercanía a grandes ejes de comunicación o aeropuertos.

En primer lugar, la directiva establece las bases para una evaluación objetiva con técnicas comunes, en todo el territorio de la Unión Europea, del ruido. Es indudable la relevancia jurídica de objetivar el concepto ruido,[30] pero con carácter previo, deben objetivarse las formas de cálculo, cuantitativa y cualitativamente, y en este ámbito la directiva satisfará esa necesidad para el ruido ambiental al fijar los indicadores de ruido (que

27. KRÄMER, L. *Derecho ambiental y Tratado de las Comunidades Europeas*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, página 251.

28. La relación brevemente comentada de normas comunitarias de control del ruido en vehículos a motor, motocicletas, máquinas y materiales utilizados en las obras de construcción, de tractores agrícolas y forestales, aeronaves subsónicas, cortadoras de césped, aparatos domésticos, máquinas de uso al aire libre y reducción del ruido en los aeropuertos se puede encontrar en PÉREZ MARTOS, José, *Ordenación jurídica del ruido,* Ed. Montecorvo, Madrid, 2003, páginas 196 a 219. En la misma obra se relacionan las normas internas españolas en la legislación de industria (páginas 303 a 314), máquinas de uso al aire libre (pagina 314), vehículos a motor y medios de transporte aéreo (páginas 317 a 328).

29. Los instrumentos técnicos, el plazo para realizarlos y las aglomeraciones e infraestructuras de transporte en las que deben llevarse a cabo se establecen en los artículos 3, 7 y 8 de la Directiva.

Artículo 3. Definiciones

A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) ... *k) "aglomeración":* la porción de un territorio, delimitado por el Estado miembro, con más de 100.000 habitantes y con una densidad de población tal que el Estado miembro la considera zona urbanizada; [...] *n) "gran eje viario":* cualquier carretera regional, nacional o internacional, especificada por el Estado miembro, con un tráfico superior a tres millones de vehículos por año; *o) "gran eje ferroviario*": cualquier vía férrea, especificada por el Estado miembro, con un tráfico superior a 30.000 trenes por año; *p) "gran aeropuerto":* cualquier aeropuerto civil, especificado por el Estado miembro, con más de 50.000 movimientos por año (siendo movimientos tanto los despegues como los aterrizajes), con exclusión de los que se efectúen únicamente a efectos de formación en aeronaves ligeras; [...]

Artículo 7. Elaboración de mapas estratégicos de ruido

1. Los estados miembros garantizarán que a más tardar *el 30 de junio de 2007 se* hayan elaborado y, en su caso, aprobado por las autoridades competentes *mapas estratégicos de ruido* sobre la situación del año civil anterior, correspondientes a todas *las aglomeraciones con más de 250.000 habitantes y a todos los grandes ejes viarios cuyo tráfico supere los seis millones de vehículos al año, grandes ejes ferroviarios cuyo tráfico supere los 60.000 trenes al año, y grandes aeropuertos presentes en su territorio.*

A más tardar el 30 de junio de 2005, y después cada cinco años, *los estados miembros comunicarán* a la Comisión *los grandes ejes viarios* cuyo tráfico supere los seis millones de vehículos al año, los grandes ejes ferroviarios cuyo tráfico supere los 60.000 trenes al año, los grandes aeropuertos y *las aglomeraciones de más de 250.000 habitantes presentes en su territorio. 2.* Los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, *a más tardar el 30 de junio de 2012, y después cada cinco años, se hayan elaborado* y, en su caso, aprobado por las autoridades competentes mapas estratégicos de ruido sobre la situación del año civil anterior, correspondientes *a todas las aglomeraciones urbanas y a todos los grandes ejes viarios y grandes ejes ferroviarios presentes en su territorio. A más tardar el 31 de diciembre de 2008*, los estados miembros comunicarán a la Comisión *todas las aglomeraciones presentes en su territorio y todos los grandes ejes viarios y grandes ejes ferroviarios presentes en su territorio.* 3. [...]

Artículo 8. Planes de acción

1. Los estados miembros garantizarán que, *a más tardar el 18 de julio de 2008*, las autoridades competentes *hayan elaborado planes de acción* encaminados a afrontar, en su territorio, las cuestiones relativas al ruido y a sus efectos, incluida la reducción del ruido, si fuese necesaria, con respecto a:

a) los lugares próximos a grandes ejes viarios cuyo tráfico supere los seis millones de vehículos al año, a grandes ejes ferroviarios cuyo tráfico supere los 60.000 trenes al año, y a grandes aeropuertos, y b) las aglomeraciones con más de 250.000 habitantes. Dichos planes tendrán por objeto también proteger las zonas tranquilas contra el aumento del ruido. Las medidas concretas de los planes de acción quedarán a discreción de las autoridades competentes pero deberán afrontar en particular las prioridades que puedan determinarse como consecuencia de la superación de determinados valores límite o según otros criterios elegidos por los estados miembros y deberán aplicarse, en particular, a las zonas más importantes establecidas de acuerdo con los mapas estratégicos de ruido. 2. Los estados miembros garantizarán que, a más tardar el 18 de julio de 2013, las autoridades competentes hayan elaborado planes de acción, en particular para afrontar las prioridades que puedan determinarse como consecuencia de la superación de determinados valores límite o según otros criterios elegidos por los estados miembros correspondientes a las aglomeraciones, a los grandes ejes viarios situados en su territorio, así como a los grandes ejes ferroviarios situados en su territorio. 3. [...]

30. Alonso García señala las características del ruido susceptibles de medición (nivel de intensidad sonora, que corresponde a la energía transmitida al oído por la vibración aérea y se evalúa en nivel de decibelios, la altura o frecuencia que corresponde al número de vibraciones dobles por segundo expresados en hertzios y el espectro o composición del ruido complejo, frente al puro, que presenta una frecuencia única), para afirmar seguidamente: "La misión del jurista consiste en la objetivación de los criterios de la receptibilidad y tolerabilidad al ruido considerados 'normales' para el ciudadano medio, asignándoles según las coordenadas anteriormente señaladas, un valor máximo. Este valor se traslada a las normas y reglamentaciones jurídicas. El traspaso de este límite marca, a la vez, la frontera de la no deseabilidad subjetiva y el inicio de la contaminación acústica en sentido objetivo", ALONSO GARCÍA, M.ª Consuelo, *"El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, página 28.

son magnitudes físicas para describir el ruido ambiental, que tienen una relación con un efecto nocivo)[31] que deben utilizarse en la elaboración de mapas de ruido y mapas estratégicos de ruido. En cuanto a los métodos de evaluación (que permiten calcular, predecir, estimar o medir el valor de un indicador de ruido o el efecto o efectos nocivos correspondientes), el artículo 5 de la directiva establece que hasta que no se usen con carácter obligatorio métodos comunes de evaluación para la determinación de los indicadores Lden (indicador de ruido día-tarde-noche), y Lnight (indicador de ruido en período nocturno), ambos descritos en el anexo 1 de la directiva, los estados miembros podrán utilizar a estos efectos los indicadores de ruido nacionales existentes y otros datos conexos, que deberán transformarse en los indicadores anteriormente citados.

El establecimiento de indicadores y de una evaluación objetiva y común es imprescindible para conseguir el primer objetivo de la directiva: establecer un enfoque común destinado a evitar, prevenir o reducir con carácter prioritario los efectos nocivos, incluyendo las molestias, de la exposición *al ruido ambiental*.[32]

Para evitarlo, prevenirlo y reducirlo el primer instrumento técnico es la elaboración de mapas de ruido y mapas estratégicos de ruido (definido el mapa de ruido como la presentación de datos sobre una situación acústica existente o pronosticada en función de un indicador de ruido y el mapa estratégico como un mapa diseñado para poder evaluar globalmente la exposición al ruido en una zona determinada, debido a la existencia de distintas fuentes de ruido, o para poder realizar predicciones globales para dicha zona) según los indicadores y métodos de evaluación que se relacionan en los artículos 5 y 6 y en los anexos de la directiva.

Los mapas de ruido y la información a los ciudadanos de su contenido (que conllevará que tomen conciencia del problema en forma objetiva y permitirá recabar su participación y su complicidad en el establecimiento y la ejecución de las decisiones administrativas) son el punto de partida para establecer los planes de acción (definidos en la directiva como los planes encaminados a afrontar las cuestiones relativas al ruido y a sus efectos, incluida la reducción del ruido si fuere necesario) y la planificación acústica (el control del ruido futuro mediante medidas planificadas, como la ordenación territorial, la ingeniería de sistemas de gestión del tráfico, la ordenación de la circulación, la reducción del ruido con medidas de aislamiento acústico y la lucha contra el ruido en su origen).

El itinerario jurídico de actuación que conllevará la directiva directamente para concretas conglomeraciones urbanas y para los grandes ejes de comunicación (que aunque no se aparta sustancialmente del seguido por las ordenanzas municipales vigentes más avanzadas, sí aporta nuevas variables), tiene como claves: el balance de situación, la acústica ambiental, la participación ciudadana, los planes de acción y la planificación acústica.

Los planes de acción deberán reducir el ruido y sus efectos con la adopción de medidas concretas a criterio, dice la directiva, de las autoridades competentes. Ello significa, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento interno, como mínimo, la adopción de medidas concretas en orden a mejorar el comportamiento cívico-acústico de los vecinos y de los usuarios de vehículos y equipos potencialmente ruidosos; el control previo de la instalación de nuevos emisores acústicos y el control y reducción de la contaminación producida por los focos acústicos emisores existentes y ya autorizados.

La planificación acústica, al igual que los planes de acción, exige la zonificación del territorio a efectos de contaminación acústica (dado que el ruido que merece el calificativo de contaminación acústica intolerable no es el mismo en una zona industrial que en una zona de equipamientos y dotaciones públicas de salud y atención a personas de la tercera edad) y la necesaria coordinación entre el balance de contaminación acústica y las decisiones de ordenación urbanística. La incorporación progresiva en el actuar de nuestras administraciones de las técnicas que la norma comunitaria establece con carácter común para todos los miembros de la Unión Europea, obligará a profundizar en la coordinación entre las decisiones sobre la contaminación acústica y la ordenación del territorio y el urbanismo.

Muchos de los contenidos normativos de la directiva ya configuraban las técnicas de lucha contra el ruido previstas en algunas normas autonómicas y utilizadas por las mejores ordenanzas municipales, en el marco del ordenamiento interno. A partir de la transposición de la directiva, creemos, todo ello se generalizará, con las adaptaciones que sean precisas, al conjunto del

31. La directiva distingue los siguientes indicadores de ruido: Lden (indicador de ruido día-tarde-noche): el indicador de ruido asociado a la molestia global; Lday (indicador de ruido diurno): el indicador de ruido asociado a la molestia durante el período diurno; Levening (indicador de ruido en período vespertino): el indicador de ruido asociado a la molestia durante el período vespertino; Lnight (indicador de ruido en período nocturno): el indicador de ruido correspondiente a la alteración del sueño. Todos ellos se describen en el anexo 1 de la directiva.

32. De acuerdo con el artículo 1.1 debe conseguirse *mediante la determinación de la exposición* al ruido ambiental, a través de la *elaboración de mapas de ruidos* según métodos de evaluación comunes a los estados miembros; la puesta *a disposición de la población la información* sobre el ruido ambiental y sus efectos; y la adopción de *planes de acción por los estados miembros, tomando como base los resultados de los mapas de ruidos*, con vistas a *prevenir y reducir* el ruido ambiental siempre que sea necesario y, en particular, cuando los niveles de exposición puedan tener efectos nocivos en la salud humana, y a mantener la calidad del entorno acústico cuando ésta sea satisfactoria.

territorio y a todos los municipios que afronten el problema.

Finalmente, la interrelación entre urbanismo y medio ambiente, que tiene como conexión el desarrollo sostenible, también se pone de manifiesto en el ámbito del ruido y conllevará que las técnicas a que hemos venido haciendo referencia se generalicen también por la vía del planeamiento urbanístico.

4.2. La Ley estatal 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido (LR)

La LR tiene por objeto, en primer lugar, la transposición al ordenamiento interno de las técnicas para evitar, prevenir y reducir el ruido ambiental establecidas en la Directiva 2002/49/CE y las fechas límite en las que deben estar aprobados los mapas de ruido y los planes de acción de las grandes aglomeraciones de población y zonas afectadas por grandes infraestructuras de transporte.[33] En segundo lugar, atribuir las competencias que conlleva la transposición de las técnicas comunitarias, entre los tres niveles del poder territorial, con una reserva de competencias de gran relevancia para Estado.

En este punto ya se ha cuestionado la constitucionalidad de tales atribuciones mediante la interposición de recursos de inconstitucionalidad. En el caso del Parlamento de Cataluña el recurso se fundamenta en el Dictamen del *Consell Consultiu* de la Generalidad número 249, de 28 de enero de 2004,[34] y se interpone contra: *a*) la disposición final primera de la LR, en la medida que declara aplicables, a los apartados 2 y 3 del artículo 4 y a las disposiciones adicionales segunda y tercera, los títulos competenciales que el artículo 149.1.13.ª, 20.ª, 21.ª y 24.ª de la Constitución española otorga al Estado, y *b*) en la medida que declara básicos los artículos 10.2, 12.1, 12.3, 13.a) y 15.3 y la disposición adicional séptima.

Entendemos que la transposición y la atribución de competencias son las dos principales funciones de la LR, dado que no establece mecanismos de coordinación entre las técnicas de lucha contra el ruido previstas en la Directiva 2020/49/CE y las de control y prevención integrados de la contaminación (Directiva 96/61/CE) y las de evaluación de impacto ambiental en sentido amplio (evaluación estratégica de planes y programas prevista en la Directiva 2001/42/CE, evaluación de impacto ambiental de autorizaciones y proyectos prevista en la Directiva 85/337/CEE, modificada por la 97/11/CE, o la evaluación prevista en el artículo 6.3 de la Directiva 92/43/CEE, de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres).

La LR tampoco establece una regulación específica (salvo la indirecta para las "zonas de protección acústica especial" y "zonas de situación acústica especial") o una concreción de las técnicas comunitarias, para hacer frente a una de las actividades que mayor conflictividad vecinal producen, como son el ocio y la "movida" en la calle. En este aspecto hace especial incidencia De Andrés Alonso. Este autor primero se hace eco de las opiniones doctrinales que señalan que la Directiva 2002/49/CE no hace frente a este problema al considerar que no se necesitan nuevas habilitaciones legales para abordar el problema de los ruidos nocturnos en la calle cuando es ocupada por aglomeraciones de ciudadanos de "fiesta" y, seguidamente, señala que "se echa en falta (en la Ley estatal del ruido, aunque la opinión la emite

33. Para determinar el calendario para implementar los mapas de ruido y los planes de acción y el concepto de gran aglomeración y grandes ejes viarios, ferroviarios y grandes aeropuertos hay que examinar los artículo 3 y 14 de la LR y la disposición final primera:

Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de esta ley, se entenderá por: a) ... *g) Gran eje viario*: cualquier carretera con un tráfico superior a tres millones de vehículos por año. *h) Gran eje* ferroviario: cualquier vía férrea con un tráfico superior a 30.000 trenes por año. *i) Gran aeropuerto*: cualquier aeropuerto civil con más de 50.000 movimientos por año, considerando como movimientos tanto los despegues como los aterrizajes, con exclusión de los que se efectúen únicamente a efectos de formación en aeronaves ligeras. [...]

Artículo 14. Identificación de los mapas de ruido

1. En los términos previstos en esta ley y en sus normas de desarrollo, las administraciones competentes habrán de aprobar, previo trámite de información pública por un período mínimo de un mes, mapas de ruido correspondientes a*: a) Cada uno de los grandes ejes viarios, de los grandes ejes ferroviarios, de los grandes aeropuertos y de las aglomeraciones, entendiendo por tales los municipios con una población superior a 100.000 habitantes y con una densidad de población superior a la que se determina reglamentariamente*, de acuerdo con el calendario establecido en la disposición adicional primera, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2. b) Las áreas acústicas en las que se compruebe el incumplimiento de los correspondientes objetivos de calidad acústica.

2. En relación con las aglomeraciones a las que se refiere el apartado 1, las comunidades autónomas podrán: a) Delimitar como ámbito territorial propio de un mapa de ruido un área que, excediendo de un término municipal, supere los límites de población indicados en dicho precepto y tenga una densidad de población superior a la que se determine reglamentariamente. b) Limitar el ámbito territorial propio de un mapa de ruido a la parte del término municipal que, superando los límites de población aludidos en el párrafo anterior, tenga una densidad de población superior a la que se determine reglamentariamente.

Disposición adicional primera. Calendario de aplicación de esta ley

1. Los mapas de ruido habrán de estar aprobados: a) Antes del día 30 de junio de 2007, los correspondientes a cada uno de los grandes ejes viarios cuyo tráfico supere los seis millones de vehículos al año, de los grandes ejes ferroviarios cuyo tráfico supere los 60.000 trenes al año, de los grandes aeropuertos y de las aglomeraciones con más de 250.000 habitantes. b) Antes del día 30 de junio de 2012, los correspondientes a cada uno de los restantes grandes ejes viarios, grandes ejes ferroviarios y aglomeraciones. *2.* Los planes de acción en materia de contaminación acústica habrán de estar aprobados: a) Antes del día 18 de julio de 2008, los correspondientes a los ámbitos territoriales de los mapas de ruido a los que se refiere el párrafo a) del apartado anterior. b) Antes del día 18 de julio de 2013, los correspondientes a los ámbitos territoriales de los mapas de ruido a los que se refiere el párrafo b) del apartado anterior.

34. Mientras estaba en prensa este comentario se acuerda la interposición de recurso de inconstitucionalidad en la sesión plenaria del Parlamento de 11 de febrero de 2004, que se fundamenta en el dictamen del *Consell Consultiu* de la Generalitat de Cataluña número 249, de 28 de enero de 2004, a cuyo contenido se puede acceder en la página www.cconsultiu.es.

cuando estaba en fase de proyecto) una decidida prohibición de actividades o comportamientos que individual o colectivamente comporten molestias que los ciudadanos no tengan la obligación de soportar en horario nocturno [...] ni tan siquiera se hace precisa la prohibición del consumo de alcohol en la calle, como algunas comunidades autónomas han considerado, pero sí al menos un precepto que evite las frecuentes aglomeraciones nocturnas".[35]

Para acabar de dar una visión panorámica de la LR debe hacerse referencia a un tercer gran ámbito objetivo: la inspección, las infracciones y sanciones en materia de ruido y las medidas cautelares que pueden adoptarse una vez iniciado el procedimiento sancionador. Regulación esta sí transversal que afecta a todos los ámbitos y significa facilitar la lucha contra la contaminación acústica por incumplimiento de cualquier tipo de normas cuando comportan generar ruido "prohibido" o "no autorizado" o con infracción de "las condiciones de la autorización, homologación o cualquiera otra técnica de control que corresponda".[36]

Ya señalamos en el apartado 2 anterior nuestra opinión sobre la importancia de la atribución competencial a las comunidades autónomas y a los municipios que se establece en el artículo 6, en relación con el 4 y el 18, y el destacado papel que corresponde a las ordenanzas locales de policía y buen gobierno, a tenor de los artículos 2 y 28.5. En el apartado 3.5 anterior hemos señalado la importancia y las dudas que nos plantea la regulación de la inspección, las medidas cautelares y las infracciones y sanciones tipificadas por la LR. Ahora nos centraremos en las competencias ejercidas o atribuidas al Estado en la LR.

La LR tiene carácter de legislación básica y su fundamento es la competencia estatal en materia de bases y coordinación general de la sanidad y de legislación básica sobre medio ambiente, sin perjuicio de los títulos competenciales específicos que fundamentan las disposiciones adicionales segunda, tercera, quinta y sexta y la transitoria tercera (ver disposición final primera).

En la LR adquiere un valor muy relevante la técnica de zonificación del territorio en áreas acústicas y el alcance de las competencias estatales en este ámbito también es muy relevante, desde una doble perspectiva: la ley fija la tipología de áreas y el gobierno ha de establecer los objetivos de calidad acústica para cada tipología de área acústica. Destaca, al hilo de la regulación comunitaria, la importancia de los mapas de ruido y de los planes de acción en materia de contaminación acústica respecto de los cuales también las competencias estatales son muy relevantes: el Gobierno dicta las normas que determinarán su ámbito territorial, los tipos de mapas de contaminación acústica, el contenido mínimo de cada uno de ellos, su formato y su forma de presentación al público y el contenido mínimo de los planes de acción.

La LR reserva al gobierno estatal la determinación de los índices acústicos, los valores de emisión de los distintos emisores acústicos (y los de inmisión en el interior de los medios de transporte de titularizada estatal) y los métodos de evaluación de límites de emisión y de los instrumentos y procedimientos de evaluación acústica.

35. De Andrés Alonso, F. L. *El tratamiento administrativo de la contaminación acústica,* A Coruña, 2003, obra a la que se puede acceder en formato PDF desde la página www.ruidos.org.

36. Sirva para acreditarlo el artículo 28 que regula las infracciones en la siguiente forma:

1. Sin perjuicio de las infracciones que puedan establecer las comunidades autónomas y los ayuntamientos, las infracciones administrativas relacionadas con la contaminación acústica se clasifican en muy graves, graves y leves.

2. Son infracciones muy graves las siguientes:

a) La producción de contaminación acústica *por encima de los valores límite establecidos en zonas de protección* acústica especial y en zonas de situación acústica especial. b) *La superación de los valores límite* que sean aplicables, cuando se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas. c) *El incumplimiento de las condiciones establecidas*, en materia de contaminación acústica, en la autorización ambiental integrada, en la autorización o aprobación del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental, en la licencia de actividades clasificadas o en otras figuras de intervención administrativa, cuando se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas. d) *El incumplimiento de las normas que establezcan requisitos relativos a la protección de las edificaciones contra el ruido,* cuando se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas. e) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la adopción de medidas provisionales conforme al artículo 31.

3. Son infracciones graves las siguientes:

a) *La superación de los valores límite* que sean aplicables, cuando no se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente ni se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas. b) El *incumplimiento de las condiciones* establecidas en materia de contaminación acústica, en la autorización ambiental integrada, en la autorización o aprobación del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental, en la licencia de actividades clasificadas o en otras figuras de intervención administrativa, cuando no se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente ni se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas. c) *La ocultación o alteración maliciosas de datos relativos a la contaminación acústica* aportados a los expedientes administrativos encaminados a la obtención de autorizaciones o licencias relacionadas con el ejercicio de las actividades reguladas en esta ley. d) *El impedimento, el retraso o la obstrucción a la actividad inspectora* o de control de las administraciones públicas. e) *La no-adopción de las medidas correctoras* requeridas por la Administración competente en caso de incumplimiento de los objetivos de calidad acústica.

4. Son infracciones leves las siguientes:

a) *La no-comunicación a la Administración competente de los datos requeridos* por ésta dentro de los plazos establecidos al efecto. b) *La instalación o comercialización de emisores acústicos sin acompañar la información sobre sus índices de emisión*, cuando tal información sea exigible conforme a la normativa aplicable. c) El incumplimiento de las prescripciones establecidas en esta ley, cuando no esté tipificado como infracción muy grave o grave.

5. Las ordenanzas locales podrán tipificar infracciones en relación con: a) El ruido procedente *de usuarios de la vía pública* en determinadas circunstancias. b) *El ruido producido por las actividades domésticas o los v*ecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales. (La cursiva en el texto del artículo es nuestra.)

Asimismo reserva al Gobierno del Estado la definición de los objetivos de calidad acústica aplicables a los distintos tipos de áreas acústicas (que se fijan directamente en la ley, aunque con el carácter de tipos o categorías susceptibles de ser ampliadas por las comunidades autónomas) e indica que para establecer estos objetivos deberá tener en cuenta los valores de los índices de inmisión y emisión, el grado de exposición de la población, la sensibilidad de la fauna y de sus hábitats, el patrimonio histórico expuesto y la viabilidad técnica y económica.

Finalmente, el Gobierno estatal es el que debe fijar los objetivos de calidad aplicables al espacio interior habitable de las edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales.

En definitiva, la LR atribuye al gobierno estatal el establecimiento de los parámetros de calidad acústica, tanto desde la perspectiva de los focos de emisión, como desde la perspectiva de inmisión ambiental, en las áreas acústicas, como de inmisión en el interior de los domicilios y de los edificios (artículos 8, 11, 12 y 13) y establece directamente por ley estatal las categorías abstractas de áreas acústicas respecto de las que el Gobierno del Estado establece los objetivos de calidad acústica.

El segundo gran ámbito de reserva a la competencia estatal lo constituyen todas las competencias de ejecución de la ley en relación con las infraestructuras viarias, ferroviarias, aeroportuarias y portuarias de competencia estatal, que vertebran áreas acústicas de sectores del territorio afectados a sistemas generales de infraestructuras de transporte.

Ello significa que respecto de estas infraestructuras corresponde a la Administración del Estado: *a*) la aprobación y revisión de los mapas de ruido de estas infraestructuras y, por tanto, de las áreas acústicas de los sectores del territorio afectados a sistemas generales de infraestructuras de transporte y la correspondiente información al público; *b*) la delimitación de las zonas de servidumbre acústica y las limitaciones derivadas de dicha servidumbre; *c*) la suspensión provisional de los objetivos de calidad acústica aplicables en una área acústica constituida por la zona de afectación de una infraestructura de transporte de titularidad estatal; *d*) la elaboración, aprobación y revisión del plan de acción en materia de contaminación acústica correspondiente a cada mapa de ruido y la correspondiente información al público; *e*) la ejecución de las medidas previstas en el plan; *f*) la declaración de una área acústica afectada por una infraestructura de transporte como zona de protección acústica especial, si concurren las circunstancias que lo exigen, así como la elaboración, aprobación y ejecución del correspondiente plan zonal específico, y *g*) la declaración como zona de situación acústica especial, si fracasan las medidas correctoras que conlleva la declaración de zona de protección especial, así como la adopción y ejecución de las correspondientes medidas correctoras específicas.

5. La perspectiva de la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas

5.1. Las exigencias de la doctrina del TEDH y del TC para que la contaminación medioambiental vulnere el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8.1 del Convenio de Roma) y a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE)

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los supuestos en los que la contaminación medioambiental afecta a los derechos a la vida privada y familiar es sobradamente conocida. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la contaminación medioambiental grave puede afectar al bienestar de las personas e impedirles disfrutar de sus casas de manera que afecte de forma adversa a su vida privada y familiar sin poner en grave peligro, sin embargo, su salud, en general, y que una degradación del medio ambiente puede suponer una violación de un derecho específico reconocido por el Convenio. El estado actual de la doctrina del Tribunal se resume en la Sentencia de 22 de mayo de 2003 (Asunto Kyrtatos contra Grecia)[37] cuando establece: "El elemento crucial que debe estar

37. Los titulares de dos terrenos, junto con una asociación de defensa del medio ambiente, presentaron un recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones que trazaron los nuevos límites urbanos de varios municipios y una licencia de construcción, que consideraban ilegales por ser el área en cuestión un terreno pantanoso, y el artículo 24 de la Constitución griega, que protege el medio ambiente, dispone que no se pueden construir asentamientos urbanos en dichos lugares. El recurso fue estimado y se declaró se había producido una vulneración del mencionado precepto, por cuanto el nuevo trazado ponía en riesgo una zona pantanosa, hábitat natural importante para varias especies protegidas. Posteriormente un comité especial del Tribunal Supremo Administrativo griego falló que las autoridades no habían cumplido las resoluciones anteriores, no habían demolido los edificios construidos sobre la base de las licencias mencionadas y habían continuado concediendo más licencias de construcción en la zona. Los mencionados titulares de los terrenos presentaron una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que se habían violado los artículos 6.1 y 8 del Convenio. El Tribunal admitió la existencia de una vulneración del artículo 6.1, condenando por ello al Estado a indemnizar por daños morales a los demandantes (20.000 y 10.000 euros, respectivamente, y 5.000 euros conjuntamente), pero no la vulneración del artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar), por el perjuicio al medio ambiente causado en la zona circundante a su domicilio.

Los argumentos concretos en los que se fundamenta la no-vulneración del artículo 8 del Convenio, se sintetizan en: "[...] *los demandantes no han presentado ningún argumento convincente que demuestre que el supuesto daño a las aves y a otras especies protegidas que viven en la zona pantanosa es tal como para afectar directamente a sus propios derechos en virtud del artículo 8.1 del Convenio. Hubiera podido ser distinto si, por ejemplo, el deterioro medioambiental del que se quejan hubiera consistido en la destrucción de una zona boscosa lindante con la casa de los demandantes, situación que podía haber afectado más directamente al propio bienestar de los demandantes*" (FJ 53). En cuanto a las molestias que producía el vecindario a los

presente para determinar si, en las circunstancias de un caso, la contaminación medioambiental ha afectado de manera adversa a uno de los derechos que protege el apartado 1 del artículo 8, es la existencia de un efecto dañino en la esfera privada o familiar de la persona y no simplemente el deterioro general del medio ambiente."

Son antecedentes conocidos las sentencias *Zimmermann y Steiner,* de 13 de julio de 1983, *Powell y Rainer*, de 21 de febrero de 1990, *López Ostra*, de 9 de diciembre de 1994, *Guerra,* de 19 de febrero de 1998, y *Hatton y otros*, de 2 de octubre de 2001.

La Sentencia *Zimmerman y Steiner* resulta de una reclamación por el incumplimiento del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al haberse desatendido la exigencia de dictar justicia en un plazo razonable. Su cita en los estudios de contaminación acústica obedece a que el tema de fondo era una reclamación de indemnización por daños morales causados por el ruido y la polución emitida por la actividad aeroportuaria, formulada por dos personas que habían alquilado un inmueble en las proximidades del aeropuerto de Zurich Kloten. La sentencia tiene el mérito de hacerse eco del conflicto originario y hacer así que por primera vez aparezcan los problemas del ruido en un fallo del TEDH.

La Sentencia *Powell y Rayner* es desestimatoria y concluye que el Reino Unido no ha violado el artículo 8 del Convenio. Constituye un antecedente que va a ser desplazado por la Sentencia *Hatton y otros*, dado que las dos coinciden en el objeto, una reclamación por daños producidos por el funcionamiento del aeropuerto de Heathrow, pero con resultado totalmente distinto. En el primer caso el TEDH entiende que el gobierno británico, "al determinar el alcance de los medios para disminuir el ruido de las aeronaves que salen de Heathrow de que allí toman tierra (no se puede pretender razonablemente que haya) sobrepasado su margen de apreciación no alterado el equilibrio justo que exige el artículo 8". En el segundo, el TEDH no acepta que los modestos pasos dados para mejorar el problema de ruido nocturno en el aeropuerto de Heathrow sean capaces de constituir las medidas necesarias para proteger la posición de los demandantes y declara, por cinco votos contra dos, que hubo violación del artículo 8 del Convenio.

En la Sentencia *López Ostra* se condena al Estado español por violación del artículo 8 del Convenio por no haber mantenido un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca –el de disponer de una planta depuradora– y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. El supuesto de hecho lo configuran las inmisiones contaminantes producidas por una planta depuradora instalada sin licencia y en el funcionamiento de la cual la tutela y control de las administraciones competentes incumplen las obligaciones que les impone el ordenamiento jurídico español.

En la Sentencia *Guerra* el TEDH considera una violación del derecho a la vida privada y familiar la falta de información a la población sobre los peligros y medidas a adoptar en caso de accidente en una fábrica química, calificada de alto riesgo.

Estas sentencias han consolidado una línea de interpretación que incorpora en el haz de facultades del derecho a la vida privada y familiar y a su domicilio, la de impedir afectaciones por contaminación.

También es conocida la posición del Tribunal Constitucional en la STC 2001/119, de cita obligada en cualquier comentario sobre contaminación acústica.[38] El TC

demandantes como resultado del desarrollo urbano de la zona, el Tribunal consideró que "[...] *no ha alcanzado el grado suficiente de gravedad como para ser tenido en cuenta a efectos del artículo 8*" (FJ 54).

38. La STC 2001/119, de 24 de mayo, desestima el recurso de amparo contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 21 de julio de 1998, a la que resulta conveniente referirse, en los términos recogidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional para comprender el objeto del debate y las pretensiones formuladas:

"[...] la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia desestimatoria de las pretensiones ejercitadas por la entonces actora y ahora recurrente en amparo, con imposición a la misma de las costas, por ser preceptivo. Al respecto, *interesa destacar que el órgano judicial, tras señalar que su actuación había de ceñirse, debido a la vía especial utilizada, a determinar si el acto administrativo impugnado, consistente en la desestimación por silencio de la reclamación formulada, vulneraba o incidía en los artículos 15 y 18.1 y 2 de la CE, consideró que, a la vista de las pruebas practicadas y del informe médico aportado por la demandante no podía alcanzarse tal conclusión, puesto que el nivel de decibelios medidos desde el zaguán colindante con la discoteca ubicada en los bajos de la finca en que se encuentra el piso de aquélla oscilaba entre 35 y 37 decibelios*. Concretamente, en el fundamento segundo de la indicada sentencia se afirma: 'Que en cuanto al fondo, apareciendo de la prueba practicada como, el número de decibelios medidos, desde el zaguán colindante a la discoteca ubicada en los bajos de la finca en que se encuentra el piso de la actora oscila entre 35 y 37 decibelios, a tal intensidad no puede atribuírsele los efectos pretendidos de considerarse vulnerados los artículos 15 y 18.1 y 2 de la CE, como atentatorio a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio, tanto más cuanto, en el documento núm. 17, acompañado con la demanda, en el que la actora apoya su postura sobre los derivados efectos del ruido en su salud, en tal documento citado, el informe médico de referencia se limita a indicar que la actora ha estado varios años en tratamiento por insomnio, pero sin especificar en qué tiempo y por qué causa, añadiendo que, actualmente no necesita tratamiento, ante lo cual, *en base al resultado de la prueba practicada, no cabe apreciar en el presente caso una vulneración de los derechos fundamentales reseñados, y, como derivada consecuencia, no resulta posible en este proceso acceder a conceder esa reclamada indemnización en cuanto derivada de tal pretendida vulneración de un derecho fundamental,* sin perjuicio de que, si se estima por la actora que la situación fáctica aquí alegada, a la vez pueda subsumirse en el artículo 139 y concordantes de la Ley 30/1992, *pueda, a través del proceso ordinario, reclamar los efectos previstos en tal normativa, y de la prueba resultante, obtener la pertinente resolución*'."

El argumento desestimatorio cono puede observarse se articula a partir de considerar que la inmisión por contaminación probada no comporta vulneración de ningún derecho fundamental, sin perjuicio que pueda intentarse la obtención de la indemnización a través del proceso ordinario (aunque no se diga expresamente en ejercicio de la acción por responsabilidad patrimonial por culpa *in vigilando* u omisión, argumentando que es la causa de la inmisión con valores superiores a los reglamentariamente previstos).

establece que cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual *se ponga en peligro grave e inmediato la salud,* podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 de la CE y que el artículo 18 de la CE "dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2)", para concluir que "[...] una exposición prolongada a unos determinados *niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables*, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida".

5.2. La consideración por el TC del derecho al medio ambiente como un principio rector y su exclusión por el TEDH de la protección del Convenio de Roma

EL TC, en la Sentencia citada 2001/119, establece expresamente: "[...] en el actual recurso de amparo constitucional se plantea exclusivamente si el nivel de ruidos padecidos por la demandante en su domicilio reviste entidad suficiente para entender que se han vulnerado los derechos fundamentales antes citados. Deben quedar en consecuencia al margen las alusiones efectuadas tanto por la propia demandante como por el Ministerio Fiscal en torno a la degradación del medio ambiente circundante, cuestión reconducible, en su caso, a la esfera propia del artículo 45 de la CE. Dicho de otro modo, debemos dilucidar si han tenido lugar las específicas infracciones constitucionales aquí planteadas por la recurrente y no hemos de pronunciarnos acerca de la calidad de vida existente en el entorno urbano de su vivienda."

El TEDH, en la citada sentencia, asunto Kyrtatos, de 22 de mayo de 2003, es igualmente concluyente: "Ni el artículo 8 ni ningún otro de los artículos del Convenio están específicamente redactados para proporcionar una protección general al medio ambiente como tal; a tal efecto, para tratar este aspecto concreto, son más pertinentes otros instrumentos internacionales y otras leyes internas."

5.3. Argumentos que permiten pensar que puede ampliarse por vía interpretativa el contenido protegido directamente por el derecho fundamental a la integridad física y a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, para dar mayor protección a los ciudadanos frente al ruido ambiental

A pesar de la contundencia de las anteriores citas de la STC 119/2001 y del TEDH en el asunto Kyrtatos, el efecto expansivo del reconocimiento de derechos fundamentales irá, creemos, orientando la doctrina del TC en la dirección de que, cuando se produzcan altos niveles de contaminación acústica ambiental, los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio no finalizarán en la pared, aunque esté insonorizada, de éste.

Las razones que explican que entendamos posible ese cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional son las siguientes:

–En el caso López Ostra el Tribunal Constitucional dictó providencia de inadmisión[39] por considerar que la actora no adujo en vía judicial la vulneración del derecho de intimidad, que la conculcación del artículo 15 de la CE hubiere exigido que la no-paralización de la depuradora hubiera significado infringirle tratos inhumanos o degradantes y que la invasión de olores desagradables, ruidos y humos generados en la planta depuradora no podía conllevar violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, so pena de desnaturalizar el contenido de ese derecho. A pesar de ello, con la actual doctrina del Tribunal Constitucional el recurso de amparo, una vez probadas las inmisiones, hubiera sido estimado.

–La doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 2001/119 se construye sobre un supuesto en el que claramente ni estaban probadas la relación de causalidad de los daños con la inactividad administrativa ni el nivel de las inmisiones acústicas y esa misma razón había sido aducida por los tribunales ordinarios para desestimar la pretensión indemnizatoria.

–La exigencia de Tribunal Constitucional en esa sentencia, que la exposición a la contaminación acústica para vulnerar el derecho a la integridad física (artículo 15 de la CE) debe poner *en peligro grave e inmediato la salud,* y que para vulnerar el derecho a la intimidad (artículo 18 de la CE) ha de ser prolongada mediante unos niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables *e insoportables* establece unos criterios más propios de los elementos objetivos del ilícito penal previsto en el artículo 325 del Código penal, que los que determinan la vulneración o no del derecho fundamental a la integridad física y a la intimidad. Creemos que son afirmaciones que sólo pueden entenderse en el contexto de un supuesto de hecho en que la relación de causalidad y los daños no han sido probados, pero que

39. Referenciada y reproducida parcialmente por VELASCO CABALLERO , F., "Protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* número 45, 1995 página 306.

no pueden generalizarse con idéntico rigor para otros casos. Obsérvese que la primera condena penal por contaminación acústica sancionada por una sentencia del Tribunal Supremo, la de 24 de febrero de 2003, se refiere a los hechos probados siguientes: "[...] 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 periodo 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. Por todo lo que se deja mencionado, 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 las salas de fiesta 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." A la vista de lo anterior reiteramos que los criterios de la STC 119/2001 parecen más propios del orden jurisdiccional penal que los utilizados en sede de justicia constitucional para otorgar o no amparo.

–La ilegalidad de la actuación no puede dejarse de ponderar para establecer la vulneración o no de los derechos fundamentales. El voto particular del juez Brian Kerr en el caso Hatton y otros incide en este aspecto cuando lo compara con el caso de López Ostra[40] (aunque en este caso lo argumenta para justificar que no ha habido violación del convenio de Roma). De manera muy directa incide también es este aspecto el voto particular del magistrado Zagrebelsky en la Sentencia Kyrtatos. En el voto particular este magistrado considera que, aunque el Convenio no proteja el medio ambiente como tal, como ha declarado el mismo Tribunal, en otras ocasiones "[...] *tampoco hay duda de que una degradación del medio ambiente puede suponer una violación de un derecho específico reconocido por el Convenio*". Para el caso enjuiciado recuerda que "[...] *está claro que hubo un deterioro de la calidad del medio ambiente en el que estaba situada la casa de los demandantes*". De modo que aunque la injerencia no era importante, no se podía negar que hubiera habido alguna. En consecuencia, en su opinión: "[...] *la importancia de la calidad del medio ambiente y la creciente conciencia de esa cuestión no pueden conducir al Tribunal a ir más allá del alcance del Convenio. Pero estos factores deben inducir a reconocer la creciente importancia del deterioro medioambiental en las vidas de las personas. Este punto de vista puede estar perfectamente en línea con la interpretación dinámica y la puesta al día evolutiva del Convenio que el Tribunal adopta habitualmente en muchos campos* [...]. *Aquí, el Tribunal tiene únicamente que comprobar que, como decidieron los tribunales griegos, la injerencia era ilegal. Así, no se ha cumplido la primera y básica condición para la legitimidad, incluso de una injerencia menor, en la vida privada o familiar*". En síntesis, la ilegalidad de la agresión medioambiental debe proyectarse en la interpretación del derecho reconocido por el Convenio

–También es de interés, para lo que aquí argumentamos, el conocido voto particular del magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia 119/2001, en el que está de acuerdo en lo relativo a la falta de pruebas para otorgar en ese caso el amparo, pero discrepa en el razonamiento de la sala. En concreto, entiende que no debió circunscribirse el libre desarrollo de la personalidad al ámbito domiciliario, cuando tal desarrollo resulte afectado por el ruido circundante y considera que son excesivos los requisitos exigidos para apreciar la lesión de derechos fundamentales.[41] La síntesis de su posición es: "[...] La saturación acústica, en suma, causa daños y

40. En concreto en el voto particular el juez Brian Kerr afirma: "En cambio, la planta de tratamiento de basuras en cuestión en el asunto López Ostra había comenzado a operar recientemente (fue construida en 1988), era claramente ilegal en cuanto operaba sin las necesarias licencias (página 43, apdo. 8), y las autoridades (al resituar a los residentes, página 53, apdo. 53) y los tribunales (página 44, apdo. 11) reconocieron que causó molestias reales. En el caso presente, Heathrow ha sido un aeropuerto internacional importante desde mucho antes de que cualquiera de los demandantes comenzara a vivir en los domicilios donde vivían cuando la demanda se presentó, no se ha establecido que ninguno de los vuelos nocturnos fuera ilegal, y las autoridades nunca han tomado ninguna medida concreta con respecto a los demandantes."

41. Del voto particular nos interesa destacar, lo siguiente:

"1. El presente caso planteaba dos problemas de entidad constitucional: el contenido ambiental de los derechos fundamentales y el contenido subjetivo de algunos derechos, igualmente fundamentales, pero no protegibles en vía de amparo (singularmente, el reconocido en el artículo 45 de la CE). Así se reconocía, recogiendo los ecos de la doctrina científica y jurisprudencial más avanzada en la materia, en la ponencia que defendí. Para ello sostuve la conveniencia de hablar de *un triple escalón de protección constitucional*

perjuicios a los seres humanos, con posible conculcación del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE). La saturación acústica puede suponer una violación del domicilio, como ámbito reservado para la intimidad personal y familiar, con conculcación del artículo 18.2 de la CE. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE) queda afectado por la saturación acústica, que atenta contra la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 de la CE), tanto dentro como fuera del domicilio."

Por todo ello, reiteramos lo que señalamos al principio, que se vulneran los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad cuando en el entorno, el ámbito imprescindible para acceder al domicilio, los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, como consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual *se ponga en peligro grave e inmediato la salud* por exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido o se produzcan emisiones acústicas *que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables*.

En definitiva el derecho al medio ambiente en su variable de derecho a no soportar un ruido ambiental excesivo, está mudando su ámbito de protección y garantía. La contaminación acústica muestra una nueva faz, que se verá reforzada cuando el legislador postconstitucional concrete, en desarrollo de la LR, los objetivos de calidad acústica de las distintas zonas acústicas en que divide el territorio y los límites tolerables de ruido ambiental.

6. La perspectiva de la perturbación de los derechos individuales: las inmisiones y las relaciones de vecindad

6.1. El concepto de inmisión

El Código civil contiene una regulación de las relaciones de vecindad y de las inmisiones que da respuesta a las necesidades de una sociedad preindustrial, una sociedad eminentemente rural y de población dispersa. En la sociedad industrial o postindustrial, pero sin duda todavía preminentemente urbana, en la que vivimos, se debe coincidir con Díaz Brito, cuando sintetiza una posición compartida en la doctrina, que "las inmisiones han dejado de ser un episodio marginal dentro del ámbito de las relaciones de vecindad para convertirse probablemente en el problema central de las mismas". Este hecho pone de manifiesto las dificultades para dar respuesta a las nuevas complejidades desde la regulación del Código civil.

Para empezar, es dificultoso determinar el concepto de inmisión. No sirven en el ámbito normativo civil los conceptos utilizados en la legislación medioambiental de control integral de la contaminación,[42] aunque sí deben utilizarse para actualizar la tipología de intromisiones. El concepto se ha construido doctrinal y jurisprudencialmente,[43] y en este último ámbito, puede citarse jurisprudencia reciente, que sigue líneas consolidadas. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 3 de mayo de 2002, que resuelve una acción

que, en sentido descendente, iría desde el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE) hasta el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45.1 de la CE), pasando por el derecho a la intimidad domiciliaria (artículo 18 de la CE). [...] Por lo demás, la conveniencia de mantener ese último escalón o contenido subjetivo del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, se refuerza si nos fijamos en las exigencias contenidas en la sentencia acerca de las características que debe reunir el ruido para que merezcan la protección de este Tribunal Constitucional quienes lo padecen.

2. Pero, a mi juicio, la lesión de los derechos fundamentales no requiere que el ruido sea de un nivel intenso y que ponga en grave peligro la salud de las personas. La reciente legislación europea evoluciona en otra dirección [...].

3. [...] *El ruido lesivo de los derechos fundamentales alegados en el proceso y, en particular, el derecho a la integridad física en un estado de salud, no es sólo el ruido que invade el ámbito domiciliario: es el ruido ambiental.* El ruido como fenómeno unitario *tiene efectos nocivos sobre la salud, con independencia de dónde y cómo se produce*. Puede ser considerablemente nocivo el ruido que afecta a los escolares o a los ancianos en sus lugares de estudio o de residencia, o a los enfermos en los lugares de sanación. El ruido no entiende de fronteras: es una forma de energía que afecta nocivamente sobre la salud de las personas en muy distintos lugares de exposición más o menos continuada, no sólo en el domicilio. *En consecuencia no debe circunscribirse el libre desarrollo de la personalidad al ámbito domiciliario, cuando tal desarrollo resulte afectado por el ruido circundante*. No se plantea sólo en el recurso de amparo "si el nivel de ruidos padecidos por la demandante *en su domicilio* reviste entidad suficiente para entender que se han vulnerado los derechos fundamentales antes citados", que es lo que se recuerda en el FJ 7. [...] Mi opinión, según dije en el Pleno, es que en los supuestos donde la contaminación acústica ponga en peligro la salud de las personas, de modo continuado, se genera una vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE). *Considero que cuando los niveles de saturación acústica que debe soportar una persona, de forma constante* (no en excepcionales días festivos, por ejemplo), *rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro la salud*, quedará facultado el ciudadano, *sin necesidad de que el daño tenga vinculación con el ámbito específicamente domiciliario,* para recabar la protección dispensada por el artículo 15 CE, *tanto frente a los poderes públicos como respecto de otros ciudadanos, alcanzando a los primeros la obligación positiva de contribuir a la eficacia de los derechos garantizados y de los valores que abrigan* (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4; 129/1989, de 17 de julio, FJ 3; 11/1991, de 17 de enero, FJ 2, y 181/2000, de 29 de junio, FJ 8). De acuerdo con las directivas de la OMS, unos niveles de saturación acústica, que superen los 55 db (A) en el exterior de las zonas de viviendas, producen graves molestias [...]. (La cursiva es nuestra.)

42. La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, y la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, que transpone, definen únicamente los conceptos de contaminación (la introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, calor o ruido en la atmósfera, el agua o el suelo, que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o la calidad del medio ambiente, o que puedan causar daños a los bienes materiales o deteriorar o perjudicar el disfrute u otras utilizaciones legítimas del medio ambiente) y emisión (la expulsión a la atmósfera, al agua o al suelo de sustancias, vibraciones, calor o ruido procedentes de forma directa o indirecta de fuentes puntuales o difusas de la instalación). A su vez la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, que también realiza una transposición de la misma directiva, define la inmisión desde otra perspectiva distinta a la civil, al establecer que inmisión es "la presencia en los recursos naturales, y especialmente en el aire, el agua o el suelo, de sustancias, vibraciones, radiaciones, calor o ruido que alteran su composición natural".

43. Una visión sintética de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales del concepto la ha realizado DÍAZ BRITO, F., *El límite de la tolerancia en las*

fundamentada en el ruido excesivo producido por el funcionamiento de la maquinaria instalada en un taller de impresión gráfica, afirma que "la doctrina ha definido las inmisiones, como la injerencia en la esfera jurídica ajena mediante la propagación de sustancias nocivas o perturbadoras, comprendiendo también la realización de aquellos actos que tienen lugar en el inmueble propio, pero que repercuten negativamente en el ajeno de forma que lesionan en grado no tolerable para el hombre medio, el disfrute de derechos personales, tales como el derecho al descanso a la intimidad o derechos patrimoniales". También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de noviembre de 2001, que resuelve la acción ejercitada por la inmisión producida por humos y olores provenientes de una barbacoa, debe destacarse cuando señala que "el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende por inmisión en su aceptación técnica, una injerencia o intromisión indirecta sobre el predio vecino producida por la actividad del propietario en el ejercicio de sus facultades dominicales, que comporta la intromisión en el predio vecino de sustancias corpóreas o inmateriales como consecuencia de su propia actividad, aunque no abarca las injerencias por vía directa o por actos materiales, que determinan el concepto de servidumbre".

El concepto, a tenor de lo señalado, tiene una parte descriptiva relativamente sencilla de determinar: se trata de injerencias o intromisiones, que comportan la expulsión, desde el fundo propio por quien legítimamente puede realizar el uso y disfrute del mismo, a la atmósfera, al agua o al suelo de sustancias, vibraciones, calor o ruido, que invaden el ámbito espacial de un fundo vecino e *impiden o dificultan* su uso o goce. El elemento clave es, a los efectos de nuestro comentario de interrelacionar ámbitos ordinamentales distintos, determinar el último aspecto.[44] Lo destaca la primera de las sentencias citadas: ¿cuál es *la lesión no tolerable* del disfrute de derechos personales? O, en palabras de Albadalejo, "inmisión de imponderables (humos, gases, olores ruidos, trepidación, calor, luz, claridad, etc.) perturbadora *que sea superior a lo tolerable, habida cuenta de los reglamentos, usos locales y, en general, de las circunstancias del caso*".[45]

6.2. El límite tolerable de las inmisiones acústicas

El límite tolerable de la inmisión, que permite a su vez determinar cuáles son ilegítimas, debe determinarse en un marco jurídico complejo, que no puede olvidar la importancia de la protección de los derechos fundamentales cuando sean afectados por la inmisión. No ofrece duda interpretativa, en este sentido, que ni serán usos normales ni usos normalmente tolerables aquellos que afecten el ejercicio de los derechos fundamentales a que nos referíamos en el apartado anterior. Esta cuestión es especialmente relevante en relación con las actividades contaminantes autorizadas administrativamente, que realizan inmisiones en propiedades "vecinas", en un mundo intercomunicado en el que todo, también los usos y actividades contaminantes, nos pueden resultar muy próximos, y frente a los que el ordenamiento civil ofrece mecanismos de defensa para los que resulten perturbados en el ejercicio de derechos individuales.

6.2.1. El Código civil y las normas civiles forales

Las normas civiles de régimen común que han permitido la defensa frente a las inmisiones son los artículos 590[46] y 1908.2 y 4[47] del Código Civil. Estos preceptos guardan silencio en cuanto a los criterios que permitir determinar cuándo una inmisión es intolerable. La única referencia es la del artículo 1908.2, relativa al carácter de excesivas que se predica de las molestias, pero que se realiza sin señalar parámetros para ponderar respecto de qué tolerancia media es excesiva la molestia.

La legislación civil catalana y navarra introducen algunos criterios. La Ley catalana 13/1990, de la acción negatoria, servidumbres y de relaciones de vecindad,[48] establece en el artículo 3 que el uso normal, según la

inmisiones y relaciones de vecindad, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, páginas 21 a 29.

44. Una cuestión que también debe resolverse es la imposibilidad de fundamentar en la normativa jurídico-privada las acciones frente a las administraciones públicas, por las inmisiones de todo tipo que proceden de las actuaciones de éstas. Así, Egea Fernández afirma que cuando las inmisiones se producen como consecuencia del ejercicio de una función pública debe rechazarse la posibilidad de ejercer la acción civil negatoria y las que correspondan deberán fundamentarse en normas jurídico públicos y ejercerse ante la jurisdicción contenciosa. EGEA FERNÁNDEZ, J. "Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad", Madrid, Marcial Pons, 1994, páginas 79 y 80.

45. ALBADALEJO, M. *Derecho civil III*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, página 264.

46. El artículo 590 establece: "Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos."

47. El artículo 1908, en lo que aquí interesa, establece: "Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1.º [...], 2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3.º [...], 4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen."

48. Es de interés para la cuestión el capítulo I, "De la acción negatoria y de las inmisiones", que integra los tres primeros artículos de la ley.

Artículo 1.º.1. El propietario de un inmueble tendrá *acción para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas* de su derecho que no consistan en la privación o el retenimiento indebido de la posesión.

Tendrá asimismo acción para exigir la abstención de perturbaciones futuras y previsibles del mismo género. 2. No corresponderá la acción: a) *Si los hechos actuales que se pretendan cesar o los futuros que se pretendan evitar no perjudican el interés del propietario en su propiedad.* b) Si, por dispo-

costumbre local, que produzcan perjuicios sustanciales, permiten exigir la adopción de las medidas que procedan para atenuar los daños, pero no la cesación del uso si el gasto es económicamente desproporcionado.

En el caso de las instalaciones autorizadas administrativamente se pueden imponer las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables, pero no el cese del uso. El precepto permite, en todo caso, obtener la indemnización por los daños causados, aunque debe advertirse que la acción indemnizatoria obedece a la concreta lógica de las inmisiones y no a la de la responsabilidad extracontractual fundamentada en el artículo 1902 del Código civil.[49]

En síntesis, a los efectos que a nosotros nos interesan el criterio de lo tolerable se establece en el uso normal o autorizado (que se centra en quien contamina) y no en la tolerancia normal (que se centra en quien recibe la contaminación). La regulación civil catalana, por otro lado, al respetar establecer un régimen específico para las actividades que disponen de autorización administrativa favorece la resolución de una parte de los conflictos en el ámbito del Derecho administrativo. A su vez la regulación catalana conlleva que los propietarios de instalaciones contaminantes autorizadas no se someterán, por regla general, a acciones civiles negatorias (que pueden impedir el uso) sino a acciones civiles indemnizatorias.[50]

La referencia a las actividades autorizadas administrativamente se inspira en la legislación italiana que establece las exigencias industriales como criterio a ponderar para establecer que las inmisiones son ilícitas y en la legislación alemana que considera como perjuicios no esenciales los que no superen los parámetros fijados administrativamente. Todo ello obliga a prestar atención al posible conflicto entre jurisdicciones. Es sabido que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido su competencia para establecer medidas correctoras a actividades autorizadas administrativamente, al resolver acciones negatorias en materia de inmisiones e indemnizatorias.

En cuanto a la legislación civil navarra debemos referirnos al artículo 376, "Limitaciones de los inmuebles", de su compilación civil, aprobada por la Ley de 1 de marzo de 1973. El precepto establece: "Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, en uso del lugar y la equidad."

El uso razonable parece equivalente, en el precepto, al uso normal, pero se introduce un elemento corrector, "la equidad", lo que conlleva que el juez puede asumir un papel protagonista a la hora de determinar si la actividad que produce las inmisiones constituye o no un uso razonable.

6.2.2. La legislación de propiedad horizontal

En el ámbito de las normas específicas de regulación de las relaciones de vecindad debe hacerse una breve mención a la legislación de propiedad horizontal todo y que no establezcan criterios claros respecto a las inmisiones ilegítimas susceptibles de comportar la exigibilidad de la cesación del uso, la adopción de medidas correctoras y de imposición de indemnizaciones que cubran los perjuicios causados. Como señala Egea Fernández[51] en su significado moderno, el problema de las relaciones de vecindad aparece en el régimen de la propiedad urbana, mediante la instauración de una serie de vínculos jurídicos que se traducen en el poder de control atribuido a los vecinos respecto de la utilización del bien por el propietario, sea desde el punto de vista de la construcción o del de la utilización nociva o molesta de la finca.

sición de la ley o por negocio jurídico, el propietario debe soportar la perturbación.

Artículo. 2.º.1. La acción negatoria tendrá como objeto la protección de la libertad del dominio de los inmuebles y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a una perturbación jurídica o material. 2. *En el ejercicio de la acción negatoria, además del cese de la perturbación, podrá reclamarse la indemnización correspondiente por daños y perjuicios producidos*. 3. En el ejercicio de la acción negatoria, no será necesario que el actor pruebe la ilegitimidad de la perturbación.

4. La acción negatoria será incompatible con la reivindicatoria. 5. La acción negatoria prescribirá a los cinco años a partir de que el propietario tenga conocimiento de la perturbación ilegítima.

Artículo 3.º.1. Las inmisiones producidas por actos ilegítimos del vecino, que causen daños al inmueble, quedarán prohibidas y generarán responsabilidad por el daño causado. El propietario del inmueble afectado por una inmisión dolosa o culposa tendrá acción negatoria para hacerla cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados.

2. *Todo propietario deberá tolerar las inmisiones que provengan de una finca vecina, si éstas son inocuas o si causan perjuicios no sustanciales*

3. *Igualmente, tolerará las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto económicamente, desproporcionado*. Asimismo, podrá adoptar las medidas procedentes, para atenuar los daños a cargo del propietario vecino. 4. *En dicho caso, el propietario afectado tendrá derecho a la indemnización por los daños producidos en el pasado y a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que se produzcan en el futuro si estas inmisiones afectan exageradamente al producto del predio o al usa normal del mismo, según la costumbre local*. 5. *Las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas administrativamente facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas. Si aún así las consecuencias no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos.* 6. Ningún propietario estará obligado a tolerar inmisiones dirigidas especialmente o artificialmente contra su propiedad.

49. La diferenciación de las reglas económicas de compensación aplicables en este caso y en los supuestos responsabilidad extracontractual fundamentada en el artículo 1902 del Código civil pueden examinarse en EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad,* Madrid, Marcial Pons, 1994, páginas 155 a 170.

50. Un examen atento y pormenorizado, en EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, Marcial Pons, 1994, páginas 137 a 196.

51. EGEA FERNÁNDEZ, J. *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad,* Madrid, Marcial Pons, 1994, página 94.

La finalidad de la regulación es hacer posible una convivencia no conflictiva de los vecinos. Para conseguir la indicada finalidad, a caballo entre la buena vecindad y la protección frente a inmisiones ilegítimas, debe destacarse la regulación establecida en el artículo 7.2 de la Ley 49/1960, de propiedad horizontal (en la redacción dada por el artículo 4 de la Ley 9/1999, de 6 de abril), que establece que: "Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas."

La prohibición no se refiere sólo a actividades productoras de inmisiones pero también a éstas. Vuelve a poner de manifiesto la interrelación entre el ordenamiento jurídico civil y el administrativo dado que no se dispondrá de acción al amparo del precepto si se trata de actividades no prohibidas en los estatutos y autorizadas administrativamente y que cumplan las normas sobre actividades con incidencia ambiental.

La Sentencia de la Audiencia Provincial Castellón núm. 284/2003 (Sección 2.ª), de 18 de octubre, acredita cómo una norma que pretende garantizar la convivencia entre vecinos sirve para impedir el uso que produce inmisiones, en ejercicio de una actividad que incumple las normas administrativas (que sirven de parámetro para aplicar la legislación de propiedad horizontal, cuando establece "que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas").

La sentencia, aun aceptando, a efectos dialécticos, la eventualidad de que se cumplieran las normas administrativas de emisión de ruido al exterior y que el estruendo lo produjeran las personas que circulaban por la zona, entiende acreditado el incumplimiento sistemático de los horarios de cierre, por lo que el supuesto de hecho "reúne todos los requisitos para ser considerada molesta, y como la situación ha sido y es de enorme gravedad, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudieran haber incurrido otros titulares de otras actividades allí concurrentes", y el tribunal considera proporcionada la sanción de no-uso del local durante dos años (período en el que no se podrá desarrollar la actividad de pub causante de las molestias).

6.2.3. Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales

Evangelio Llorca[52] estudia la posición de la doctrina española y extranjera y de los tribunales respecto de cuál es el límite de tolerancia de las inmisiones.

Se refiere como primer criterio el de la normalidad del uso, que conlleva entender prohibidas las inmisiones realizadas por actividades que excedan de las necesidades y de la esfera de la vida normal, criterio adoptado en el Derecho alemán en combinación con otros dos: el de la esencialidad del perjuicio y el de la posibilidad de adoptar medidas razonables.[53]

Como segundo criterio, el de la tolerabilidad, criterio adoptado en el Derecho italiano,[54] que debe complementarse con la ponderación, sin que la doctrina y jurisprudencia italiana sea unánime, de los criterios de la condición de los lugares, las exigencias de la producción y la prioridad de un determinado uso (la jurisprudencia mayoritaria y una parte de la doctrina entiende que hay una regla especial para las inmisiones industriales y otra parte de la doctrina, considera que se establece un criterio principal, la tolerabilidad, y el resto de complementarios para establecer si la inmisión, industrial o no, es lícita).

Como tercer criterio se refiere a la combinación del criterio de uso normal (en atención de las circunstancias del momento y del lugar) y del de normal tolerabilidad (en atención también al tiempo y al lugar).

El cuarto criterio, de origen francés, es la anormalidad de la molestia que, para Evangelio Llorca, parece equivalente a la teoría de los inconvenientes anormales de la vecindad (no molestar ni dañar al vecino en la medida que exceda de los inconvenientes normales de la vecindad y soportar las perturbaciones que no sobrepasen tal medida), construida por la jurisprudencia francesa, al igual que el abuso de derecho, en el siglo XIX.

52. Evangelio Llorca, Raquel. *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad,* Editorial Comares, 2000, páginas 51 a 101.

53. El artículo 906 del BGB, en la redacción que tomamos de la nota 97 de la obra citada de Evangelio Llorca, establece:

"El propietario de una finca no puede impedir la penetración de gases, vapores, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones padecidas procedentes de otra finca, siempre que la inmisión no perjudique o lo haga de modo sólo no esencial al aprovechamiento de su finca. Existe un perjuicio no esencial cuando no se sobrepasan los límites o los niveles establecidos por ley o por reglamento. Esto se entiende aplicable también a los niveles establecidos en disposiciones administrativas generales, dictadas de acuerdo con el artículo 48 de la Ley federal de protección contra inmisiones y a lo que refleje el estado de la tecnología.

Se aplica la misma disposición cuando se cause un perjuicio esencial por un aprovechamiento de la otra finca conforme al uso local y que no puede evitarse mediante la adopción de medidas que sea económicamente razonable exigir a quienes tienen un aprovechamiento de esta índole. Si conforme a esto el propietario ha de soportar la inmisión, puede exigir de quien disfruta la otra finca una congrua compensación pecuniaria, cuando la inmisión perjudique un aprovechamiento de su finca conforme al uso local o el rendimiento de aquello por encima de lo tolerable.

Es lícita la penetración mediante una conducción especial.

54. Evangelio Llorca, Raquel, páginas 56 y 57, relata que el párrafo primero del artículo 844 del Código civil italiano establece que el propietario de un fundo "no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, las sacudidas y similares propagaciones procedentes del fundo vecino, si no superan la normal tolerabilidad, teniendo en cuenta las condiciones de los lugares". El párrafo segundo, que "en la aplicación de esta norma, la autoridad judicial debe atemperar las exigencias de la producción con los derechos de la propiedad", y que "puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso".

Finalmente, entre la doctrina española se refiere a quienes niegan la suficiencia de los artículos 590 y 1908 del Código civil para sustentar una disciplina de las inmisiones y estiman que a falta de criterio específico, la cuestión ha de resolverse aplicando la doctrina del abuso de derecho, de donde resulta que un uso anormal o excesivo del derecho de propiedad no debe ser consentido y el límite podrá venir dado por la norma jurídica o por las costumbres o por el criterio de la tolerancia normal, es decir, por lo que normalmente es consentido por la conciencia social o por la forma en que debe ejercerse el derecho teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

La autora a la que seguimos acredita que la jurisprudencia, con cita de diversidad de sentencias, es también dispar en la determinación de los criterios que permiten entender una inmisión como ilegítima y que conlleva en ocasiones el derecho a obtener el cese del uso o la actividad, la adopción de medidas correctoras y conjuntamente o alternativamente indemnización por daños y perjuicios causados.

6.3. La relevancia, desde el punto de vista del Derecho administrativo, del límite tolerable de las inmisiones

Desde el punto de vista del Derecho administrativo, lo más relevante de esta polémica es establecer qué valor tienen las normas y los actos administrativos en orden a determinar si una inmisión es ilegítima (no es un uso normal o no es un uso normalmente tolerable), calificación que habilitará al juez civil para ordenar el cese total o parcial de la actividad o uso, establecer medidas correctoras o indemnizaciones conjunta o alternativamente.

La jurisprudencia española y la doctrina civil mantiene unánimemente que el cumplimiento de las normas administrativas no conlleva, necesariamente, la inexistencia de inmisiones ilegítimas que permitan el ejercicio de acciones negatorias o indemnizatorias.

Existen, en este sentido, dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en la década de los 80, cuya doctrina sigue hoy aceptada y aplicada. La Sentencia de 12 de diciembre de 1980 afirma que en la zona de tangencia entre la jurisdicción común y la contenciosa-administrativa hay que distinguir entre lo que es materia que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil y lo que afecta a los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa. Señala que la legislación de protección del medio ambiente atmosférico, que establece como competencia exclusiva de la Administración pública el establecimiento de determinadas medidas correctoras a los focos emisores de contaminación, alude a conceptos de gran amplitud como "defensa contra la contaminación atmosférica" atendiendo a problemas que por su generalidad y explícita referencia a los intereses públicos no pueden equipararse a la lesión patrimonial y al postulado resarcimiento a causa de emisiones dañosas en fundos determinados, cuyos titulares demandan indemnización y remedio a la actividad ocasionadora del menoscabo. Por ello, los tribunales civiles no invaden el campo de la Administración al imponer medidas correctoras.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1989, citada sistemáticamente por muchas posteriores, reitera la doctrina formulada de distinto modo pero con idéntico fundamento. Se señala que el Reglamento de actividades de 1961 y la Ley sobre protección ambiental se están refiriendo a estados generales de perturbación del medio ambiente y contemplan intereses públicos, que no puede equipararse a la lesión patrimonial por emisiones dañosas en propiedades determinadas. Afirma textualmente que no puede olvidarse que el acatamiento de las normas administrativas no coloca al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados puesto que si aquellos contemplan intereses públicos sociales, éste resguarda el interés privado.

Esta doctrina sigue siendo hoy aceptada pacíficamente aunque en materia de ruidos creemos que, sin poderse negar la acción civil al margen o en paralelo con las acciones administrativas, el parámetro de si la inmisión es el resultado de uso normal o si supera la tolerabilidad normal deberían ser, como regla general, las establecidas para las zonificaciones que prevé la legislación sobre ruido y los límites de emisión e inmisión que establezca esta legislación o las autoridades administrativas. El desarrollo de la legislación sobre ruido y la objetivación de las técnicas de evaluación y de los estándares y objetivos de calidad, ayudará a avanzar en esa dirección. Hasta que llegue ese momento, que los tribunales civiles establezcan, caso a caso, si las molestias son o no tolerables,[55] no sólo responde a la natura-

55. Sirva de ejemplo la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de mayo de 2003,* que resuelve el recurso de apelación que había condenado a los recurrentes a que en el plazo máximo de dos meses justifiquen debidamente el cese de las inmisiones nocivas y molestas, mediante la realización de las obras de insonorización adecuadas en el local de negocio donde se ejerce el negocio del bar y, en caso contrario, se procederá al cierre y la paralización del negocio y que indemnice a los actores por los daños y perjuicios sufridos desde septiembre de 2000 hasta el cese de las inmisiones por ruidos. Una de las alegaciones del recurso se fundamenta en la existencia de prejudicialidad administrativa, a lo que la sala contesta del siguiente modo:

"Tal alegación debe ser desestimada por un doble motivo: *1. De forma.*

El artículo 42 de la LECn, regulador de las cuestiones prejudiciales no penales, reconoce la competencia de los tribunales civiles para decidir, a los solos efectos de solucionar el conflicto civil ante ellos planteado, sobre asuntos cuya competencia esté atribuida a los del orden contencioso-admi-

leza de los derechos en juego y a nuestra tradición jurídica sino que puede ser la única forma de defensa de los ciudadanos ante la inactividad administrativa.

A pesar de todo ello la importancia de la regulación administrativa se acredita en diversas sentencias dictadas en relación con el ruido, que fijan como parámetro para determinar la existencia de inmisión lo establecido en la reglamentación administrativa. En esta línea pueden citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de septiembre de 1993, que señala que las inmisiones en la vivienda exceden de lo objetivamente razonable, de acuerdo con los límites máximos de la reglamentación administrativa, la de la Audiencia Provincial de Tarragona de 29 de octubre de 1997, que considera probado que un aparato de aire acondicionado-bomba de calor supera el nivel de ruido permitido en las ordenanzas municipales; o la de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de diciembre de 2002, que establece que el aparato de aire acondicionado instalado ocasiona ruidos por debajo de los mínimos previstos por la reglamentación administrativa, sin que se haya procedido a la medición concreta del volumen del ruido emitido mediante instrumentos adecuados.

Desde nuestro punto de vista el avance de las técnicas administrativas de control de la contaminación acústica y el establecimiento de los estándares y objetivos de calidad acústica fijados por estos instrumentos no deberían ser un obstáculo para la defensa en vía civil de derechos individuales, sino parámetros de calidad de vida que les dieran mayor operatividad y garantía. Sucede lo mismo que en relación con los derechos fundamentales, la objetivación de la calidad acústica ambiental y los límites de emisión e inmisión sonora establecidos por las autoridades administrativas, deben permitir avanzar en la defensa de los derechos directamente reconocidos en la Constitución. El Derecho administrativo debe ofrecer su imagen de garante del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la CE) y de la igualdad material de oportunidades, y no sólo formal, de los ciudadanos (artículo 9 de la CE), y las administraciones públicas la de entes serviciales del interés general, que exige la protección de los derechos e intereses legítimos individuales. ■

nistrativo [...] *2. De fondo*. Es constante la jurisprudencia que dictada en esta materia o similar declara no sólo la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de denuncias sobre actividades molestas, insalubres o nocivas y sobre la irrelevancia en tales supuestos de la concesión administrativa (Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia de 30 de mayo de 1997), sino también que *la observancia de las normas administrativas no impide que prosperen las acciones civiles de los perjudicados cuando las medidas de insonorización o seguridad no evitan la lesión de los derechos ajenos* (Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencias de 9 de febrero de 1971, de 12 de diciembre de 1980, de 3 de diciembre de 1987, de 16 de enero de 1989, de 24 de mayo de 1993, y de 30 de mayo de 1997. *En definitiva, no siendo lo cuestionado al presente, ni las actuaciones de la Administración, ni las decisiones que ésta pueda adoptar en el expediente administrativo si están o no atemperadas a las normas reglamentarias u ordenanzas, sino un puro conflicto de carácter civil entre particulares, producido en una situación de relación de vecindad, en el que se discute si las inmisiones (ruidos) en propiedad ajena son o no adecuadas a los límites de ejercicio de un derecho, pese a las autorizaciones administrativas sobre la actividad*, y, además, si tiene fundamento o no la reclamación de la parte actora, como perjudicada por las molestias y ruidos (durante las horas del sueño, a lo largo de la noche o durante el día), es obvio que ello es cometido de los tribunales ordinarios civiles al margen de lo que se decida por la Administración municipal, por cuanto que la existencia de normas de Derecho administrativo dirigidas a la protección del medio ambiente y de los intereses generales de la población, cuya aplicación corresponde a las distintas esferas de la Administración, *no excluyen la competencia del orden jurisdiccional civil, cuando se trata de resolver pretensiones de particulares frente a particulares, dirigidas a obtener la reparación del daño y el cese de la actividad ocasionadora de la agresión*. En la delimitación de la competencia entre la jurisdicción común y la contencioso-administrativa hay que distinguir entre la materia que atañe a la propiedad privada y a la protección de los intereses particulares y la que afecta a la tutela de intereses generales o públicos, de indudable naturaleza administrativa, estando en el presente caso ante la tutela judicial de intereses entre particulares."

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 julio de 2003, que señala: "[...] pueden citarse al respecto la STS de 3 de diciembre de 1987 y la de la Audiencia Provincial de Segovia de 28 de mayo de 1993, que resumen la doctrina del Tribunal Supremo en la materia y que ha sido confirmada por el Alto Tribunal. En la primera de las citadas, se resalta que en materia de medio ambiente el criterio es que el ordenamiento jurídico privado interviene y tiene primacía en los conflictos entre personas físicas y jurídicas de naturaleza privada, en el ámbito de las relaciones de vecindad, en los supuestos de culpa contractual o extracontractual y en caso de abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo o incluso en las relaciones derivadas de actos en que la Administración no actúe *ius imperii*, con lo que no solamente establece la jurisdicción competente sino que también examina los supuestos de aplicación a que se ha hecho referencia. Por su parte, la SAP de Segovia de 28 de mayo de 1993, citando sentencias del Tribunal Supremo al respecto, también establece la competencia de la jurisdicción civil, analizando las relaciones de vecindad como límite legal que es al derecho de propiedad, que no es un derecho absoluto, y la protección del medio ambiente mediante la vía de tales relaciones. Igualmente destaca cuestión, ya tratada, de *la irrelevancia de la concesión de licencia administrativa respecto del derecho de propiedad privada y su protección y destaca la finalidad de la acción civil para solicitar el resarcimiento del quebranto patrimonial sufrido y el cese de la actividad dañosa.* También analiza la doctrina del abuso de derecho en aplicación al supuesto, y la posibilidad de su aplicación a las inmisiones en finca ajena que exceden del límite de la normal tolerancia."

CRÓNICA DE QDL JURISPRUDENCIA

La sección "Crónica de jurisprudencia" selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales (que será accesible desde la web de la Fundación Democracia y Gobierno Local), que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, juntamente 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 las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de la edición. Este período de seis meses permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones del conjunto de jurisdicciones y órganos jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 1 de marzo de 2003 hasta el 30 de junio 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 16 de junio de 2003 hasta el 15 de octubre 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 relativas a la ocupación del dominio público (que establecen la definición y el alcance de la ocupación a precario del dominio público); a la enajenación de bienes patrimoniales para la construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública; al alcance de las competencias de los entes locales en materia de instalaciones de telefonía móvil (se relacionas tres sentencias de distintos tribunales superiores de justicia que permiten advertir las discrepancias y las coincidencias de criterio); al régimen de la entrada de personal al servicio de la Administración en locales de propiedad privada; al régimen de los convenios urbanísticos; a la protección de derechos fundamentales (de reunión y manifestación o a la intimidad y a la libertad informática); al alcance de la potestad normativa de los entes locales (en relación con una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre una ordenanza que regula el deber de conservación de los edificios), o al derecho de las fundaciones privadas de ser beneficiarias de expropiaciones. Todo ello permite una visión global de resoluciones de muy distinto contenido en el ámbito contencioso-administrativo.

En la selección se presta también una atención especial a la jurisprudencia constitucional en cuanto se refiere a temas de actualidad o de preferente interés local y con

iguales criterios se relacionan dos sentencias seleccionadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y dos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Para finalizar, también se hace referencia a sentencias de interés de la jurisdicción civil y penal.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección ha sido realizada por Domènec Sibina Tomàs, y la elaboración y la redacción de las fichas, por Eva Arnal Arasa.

Para el QDL, 5 se prevé completar la selección de sentencias con breves comentarios de las más significativas.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Derecho a la libertad sindical. Inversión de la carga de la prueba. Incidente de nulidad de actuaciones

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: 111/2003. Recurso de amparo núm. 3485/1998
FECHA: 16 de junio de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Pablo García Manzano
VOTO PARTICULAR: Ilmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 24.2 y 28.1 de la CE, y artículo 240.3 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ)
DOCTRINA: Derecho a la libertad sindical. Inversión de la carga de la prueba. Incidente de nulidad de actuaciones (FJ 3, 5, 6, 7 y 8)

SUPUESTO DE HECHO

Dos cabos del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamiento (bomberos) del Ayuntamiento de Barcelona participaron en un concurso oposición restringido, convocado para cubrir dieciocho plazas de sargento más las vacantes que se produjeran hasta su terminación. Terminada la prueba selectiva, los demandantes no fueron incluidos en la relación definitiva de aprobados. Contra este acto interpusieron recurso ordinario en vía administrativa. El recurso fue desestimado presuntamente, con lo que éstos interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Admitido el recurso, en el período de proposición de prueba solicitaron como prueba documental que se dirigiera un mandamiento al Ayuntamiento de Barcelona para que aportara original de las actas de los exámenes realizados en el concurso oposición, firmadas por los examinadores. Tras ello, el Ayuntamiento remitió una documentación correspondiente a "las actas de los exámenes realizados, firmados por los profesores". Los demandantes entendieron que el Ayuntamiento había remitido las notas y calificaciones finales y no los originales de las actas de los exámenes, con lo que reiteraron su petición probatoria. Dicha petición fue acogida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, si bien el Ayuntamiento contestó que las actas ya habían sido enviadas y que no existía otra documentación. Tras ello, la sala declaró concluso el proceso en providencia que los demandantes recurrieron en súplica. La súplica fue desestimada.

Por Sentencia de 29 de mayo de 1998 el Tribunal desestimó el recurso, razonando lo siguiente:

"El escrito de demanda trasluce la desconfianza de los actores en la objetividad e imparcialidad de uno de los miembros del tribunal seleccionador, el jefe del SEIS, a consecuencia de las críticas sobre el funcionamiento de este servicio vertidas por aquéllos y publicadas en la prensa en el período comprendido entre la convocatoria del concurso-oposición y el comienzo de su celebración. En tal sentido se le imputan unas manifestaciones excluyentes por las que se pregunta a unos testigos. De todos modos, ni cabe colegir de las actuaciones una animadversión de dicho miembro que desautorice su función calificadora, ni cabe olvidar que las decisiones colegiadas y unánimes del tribunal fueron adoptadas cuando menos por cuatro de sus cinco componentes, en reuniones a las que asistía el observador de la Junta de Personal".

Contra dicha resolución, los recurrentes interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE), al haber sido discriminados por su pertenencia a un sindicato mediante la resolución del Ayuntamiento de Barcelona que no les incluyó en la relación definitiva de aprobados. Éstos alegaban que tanto en el recurso ordinario como en la demanda judicial habían señalado la vulneración del mencionado derecho fundamental, sin que la sentencia objeto de impugnación mencionara tal derecho, argumentando una mera desconfianza de los actores en la objetividad e imparcialidad de los miembros del tribunal calificador. Sus alegaciones se fundamentaban en un conjunto de hechos que, a su parecer, era conformador de un panorama indiciario de discriminación antisindical.

Según los recurrentes, el Tribunal sentenciador no había respetado el principio de inversión de la carga de la prueba por cuanto, al haber éstos aportado un indicio razonable de la lesión de sus derechos fundamentales, incumbía a la Administración municipal probar que la resolución obedecía a motivos razonables y ajenos a todo propósito discriminatorio.

Asimismo, éstos consideraban que se había vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24 de la CE), al no haber podido llevar a cabo la prueba documental propuesta y admitida, indispensable para demostrar la discriminación denunciada.

Tesis del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de amparo, si bien planteó como cuestión previa la necesidad de inadmitir el recurso de amparo. Según el Ministerio Fiscal, los demandantes, que alegaban incongruencia omisiva, deberían haber hecho uso del incidente de nulidad de actuaciones (artículo 240.3 de la LOPJ). Con ello, entendía el Ministerio Fiscal, hubieran dado al órgano judicial la oportunidad de emitir una respuesta sobre el derecho a la libertad sindical invocado por los mismos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Antes de entrar sobre el fondo del asunto, el Tribunal expuso las razones por las que discrepaba del Ministerio Fiscal en cuanto a la inadmisión del recurso.

Según el Tribunal, no procedía la inadmisión por cuanto el incidente de nulidad de actuaciones no era el cauce adecuado para tutelar el derecho fundamental que en ese caso se consideraba vulnerado.

Según el Tribunal, en ese supuesto no se había producido "una falta de respuesta judicial a concretas pretensiones de la parte", sino que:

"[...] lo que aconteció en el presente caso es que planteada como *causa petendi* de la pretensión de nulidad de la actuación municipal una lesión del derecho fundamental de los recurrentes a la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE), y discurriendo la fundamentación de su demanda en torno a los datos que indiciariamente configuraban dicha vulneración, la sala sentencia-

dora ni siquiera mencionó tal derecho fundamental ni en modo alguno vino a ponderarlo en relación con el planteamiento fáctico y jurídico introducido por los funcionarios recurrentes en el proceso administrativo, sino que decidió éste pura y simplemente con arreglo a consideraciones genéricas de cumplimiento de la legalidad (bases del concurso oposición para provisión de dieciocho plazas de sargento), desvinculándose por completo de las alegaciones y de la pretensión actora, sin efectuar ponderación alguna en torno a la vulneración del derecho fundamental que se invocaba como lesionado por los actos administrativos del Ayuntamiento de Barcelona." (FJ 3)

Centrándose en la posible vulneración del derecho a la libertad sindical, el Tribunal recordó que éste incluye "el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa". (FJ 5)

En consecuencia, "[...] el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical". (FJ 5)

A continuación, el Tribunal reiteró lo ya declarado en otras ocasiones en relación con la inversión de la carga de la prueba como "garantía frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales". Según el Tribunal, ello permitía "evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental" (FJ 5). Para ello, el Tribunal aclaró que el actor "ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad". (FJ 5)

Por su parte, refiriéndose al papel de la Administración, éste declaró que:

"[la Administración] tiene la obligación de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental." (FJ 5)

"[...] el margen de discrecionalidad característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquéllas no precisan ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales." (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal pasó a analizar si en el caso enjuiciado los recurrentes "aportaron [...] un principio de prueba revelador de la existencia de un panorama indiciario del que surgiera, de modo razonable, la vehemente y fundada sospecha de una discriminación antisindical, por razón de su pertenencia al sindicato". (FJ 6)

En su análisis, el Tribunal tuvo en cuenta, entre otros, los siguientes hechos:

"a) que experimentaron, en el procedimiento selectivo, una excesiva y notoria disminución de puntuación desde las pruebas teóricas a las de carácter práctico; b) la constante presencia y preeminencia en el órgano de selección del jefe del servicio [...] a quienes los demandantes le atribuyen unas manifestaciones de claro signo discriminatorio [...]; c) estas declaraciones se produjeron a raíz de unas determinadas críticas sobre dicho servicio [...]; d) la expulsión del recinto en que se desarrollaba una de las pruebas, ordenada por el mencionado jefe del servicio, de un miembro suplente del órgano de selección, también afiliado al referido sindicato, y e) el favorecimiento de otros aspirantes no pertenecientes [al sindicato], mediante el reconocimiento, en el procedimiento selectivo, de un título deportivo como si fuera de carácter profesional." (FJ 6)

A la vista de los datos aportados por los recurrentes, el Tribunal consideró que existía un "panorama indiciario suficiente en orden a la denunciada discriminación antisindical". (FJ 6)

Finalmente, tras valorar el alcance de la actuación municipal, el Tribunal consideró que:

"[...] no ha contrarrestado eficazmente el panorama indiciario de trato discriminatorio antisindical aportado por los funcionarios recurrentes, de tal manera que el acto administrativo [...] en el que se excluyó a los demandantes de amparo, se halla carente del suficiente y adecuado respaldo de razones objetivas y ajenas a cualquier móvil discriminatorio, con entidad bastante para legitimar constitucionalmente la indemnidad del derecho de libertad sindical (artículo 28.1 de la CE) que los recurrentes invocan como vulnerado". (FJ 7)

Sentado lo anterior, el Tribunal pasó a analizar cuál debía que ser el alcance del fallo estimatorio. Al respecto, el Tribunal indicó que, si bien el artículo 55.1.a) de la LOPJ disponía que había que proceder a declarar la nulidad de la sentencia y el acto administrativo impugnado, el mismo precepto permitía atender a cierta flexibilidad en su aplicación. Así, con el objetivo de no incidir en la esfera jurídica de quienes no habían sido parte en el recurso contencioso-administrativo consideró conveniente ceñir la declaración de nulidad a la resolución judicial impugnada en el recurso de amparo, ordenando al Ayuntamiento que adoptara las medidas apropiadas que permitieran a los recurrentes acceder al cargo al que se habían presentado.

Por tanto, el Tribunal acordó reconocer el derecho fundamental de los recurrentes a la libertad sindical, anuló la sentencia de 29 de mayo de 1998 y ordenó restablecer a los demandantes en su derecho fundamental vulnerado, ordenando al Ayuntamiento que adoptara las medidas apropiadas.

Voto particular formulado por el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

El magistrado disintió de la mayoría en cuanto a la admisibilidad del recurso de amparo. Éste estaba de acuerdo con el Ministerio Fiscal en que los recurrentes deberían haber planteado el incidente de nulidad de actuaciones (artículo 240.3 de la LOPJ) antes de acudir a la vía de amparo. Al no haber acudido los recurrentes a esa vía, el recurso había devenido inadmisible por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, de modo que el Tribunal, según el magistrado, debería haber desestimado el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el contenido del derecho a la libertad sindical, ver las siguientes sentencias: STC 87/1998, de 21 de abril; STC 17/1996, de 7 de febrero.

Sobre la inversión de la carga de la prueba como garantía frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales, ver la siguiente sentencia: STC 38/1981, de 23 de noviembre; STC 90/1997, de 6 de mayo (FJ 5); STC 87/1998, de 27 de abril; STC 140/1999, de 22 de julio; STC 84/2002, de 22 de abril (FJ 4); STC 38/1986, de 21 de marzo (FJ 2); STC 29/2002, de 11 de febrero (FJ 3); STC 114/2002, de 20 de mayo (FJ 7), y STC 49/2003, de 17 de marzo (FJ 5).

Tribunal Constitucional. Competencia del Estado sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma y sobre normas básicas en materia de medio ambiente. Competencia para establecer un caudal ecológico necesario para garantizar la evolución biológica natural de las poblaciones de las especies objeto de pesca. Competencia autonómica en materia de "pesca fluvial", "protección de los ecosistemas" donde se desarrolle la pesca fluvial y "medio ambiente". Principio de unidad de gestión de cuenca

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: 123/2003. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2988/1995
FECHA: 19 de junio de 2003
PONENTE: Sr. Tomás S. Vives Antón
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 24,149.1.22 y 149.1.23 de la CE; artículos 7.1.8, 8.9 y 9.2 del Estatuto de autonomía de Extremadura –en el momento de planteamiento del recurso– (EAE), y artículos 2, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 41.5 en su inciso final, 44.3, 63.a), apartados 6 y 8, 63.b), apartados 12, 13, 14, 63.c), apartados 12, 13, 20 y 21 y 63.d), apartados 5, 6 y 7 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 8/1995, de 27 de abril, de pesca (Ley de pesca)
DOCTRINA: Competencia del Estado sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma y sobre normas básicas en materia de medio ambiente. Competencia autonómica en materia de "pesca fluvial", "protección de los ecosistemas" donde se desarrolle la pesca fluvial y "medio ambiente". Establecimiento de un caudal ecológico necesario para garantizar la evolución biológica natural de las poblaciones de las especies objeto de pesca. Principio de unidad de gestión de cuenca (FJ 2, 3 y 5)

SUPUESTO DE HECHO

El abogado del Estado interpuso recurso de inconstitucionalidad contra ciertos artículos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 8/1985, de 27 de abril, de pesca, por entender que dicha norma contenía un conjunto de medidas encaminadas a la preservación del medio acuático que rebasaban el ámbito estrictamente pesquero e invadían el de la materia hidráulica, "sobre el que el Estado ostenta importantísimas competencias exclusivas".

El recurso de inconstitucionalidad se fundamentó en la vulneración de la competencia estatal regulada en el artículo 149.1.22 de la CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la "legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma".

El Tribunal estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El abogado del Estado consideraba que los preceptos recurridos vulneraban las competencias estatales en materia de "legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una comunidad autónoma" (artículo 149.1.22 de la CE). Según el abogado del Estado, "La competencia del Estado sobre dichas aguas calificadas como dominio público estatal, reclama su unidad de gestión, que se manifiesta en la jerarquía de usos de las mismas que se contiene en la planificación correspondiente". Así, si bien el abogado del Estado admitía que las disposiciones impugnadas habían sido dictadas al amparo de competencias autonómicas en materia de "pesca fluvial" y de "protección de los ecosistemas", éste consideró que " van más allá de las correspondientes habilitaciones estatutarias y desconocen los mecanismos de integración de los diferentes usos del agua, alterando e impidiendo con ello el ejercicio de la aludida competencia estatal [...]".

Por el contrario, el letrado del Gobierno de la Junta de Extremadura alegaba que los mencionados preceptos, dictados de acuerdo con la competencia autonómica en la materia, no desconocían de las competencias del Estado en materia de "aguas", "sino que resultan respetuosos con las mismas, toda vez que sobre las aguas intercomunitarias pueden confluir también las de la comunidad autónoma [...]". Según el letrado, esa confluencia de competencias estatales y autonómicas sobre un mismo espacio físico había sido admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Antes de entrar a analizar la constitucionalidad de los preceptos invocados, el Tribunal se refirió a su propia doctrina en la materia, contenida en su Sentencia 15/1998, de 22 de enero, y la STC 110/1998, de 21 de mayo. De dichas resoluciones, el Tribunal tomó en consideración varios aspectos, en relación con los títulos competenciales en juego.

Al respecto, se refirió a la competencia estatal contemplada por el artículo 149.1.22 de la CE en relación con la competencia autonómica de "pesca fluvial" (artículo 7.1.8 del EAE).

Asimismo, ponderó la incidencia que pudieran tener en cuanto al Estado las normas básicas en materia de medio ambiente (artículo 149.1.23 de la CE) y en cuanto a la comunidad autónoma las normas de "protección de los ecosistemas" donde se desarrolle la pesca fluvial y "medio ambiente" (artículos 7.1.8., 8.9 y 9.2 del EAE, en el momento de planteamiento del recurso).

Acerca del primer aspecto, el Tribunal consideró que no se trataba de "un problema de delimitación competencial en materia de 'aguas'", sino de "un supuesto de entrecruzamiento y eventual colisión entre los aludidos títulos competenciales que obedece a su proyección sobre un mismo espacio o realidad física: el constituido por las cuencas fluviales supracomunitarias. En ellas vive la fauna piscícola objeto de la pesca y en ellas ejercen sus competencias los organismos de cuenca, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de aguas". (FJ 2)

Sobre esta cuestión, reiterando lo declarado por el mismo con anterioridad, el Tribunal aclaró que:

"[...] la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales, por lo que, frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la nece-

saria coordinación y cooperación entre las administraciones públicas implicadas [...].” (FJ 2)

En cuanto al alcance de la competencia autonómica en materia de “pesca fluvial”, el Tribunal planteó si “alcanza también a aquellas otras medidas encaminadas a la protección y conservación de las especies que, en muchos casos, incidirán inevitablemente sobre las previsiones jurídicas de carácter general previstas para el medio en el que habitan”, resolviendo que:

“[...] la delimitación del título competencial pesca fluvial no puede ignorar, en absoluto, la inescindible conexión que existe entre el recurso natural objeto de esa actividad y el medio en el que habita, añadiéndose, con apoyo en la STC 56/1989 (FJ 5) que es presupuesto inherente a esa actividad el régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros.” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal procedió al análisis de las distintas disposiciones de la Ley de pesca impugnadas.

Uno de los artículos impugnados era el 26, que disponía lo siguiente:

“[...] los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos estarán obligados, salvo que circunstancias excepcionales de necesidad debidamente motivadas lo impidan, a dejar circular el caudal mínimo necesario para garantizar la evolución biológica natural de las poblaciones de las especies objeto de pesca.”

El Tribunal reiteró lo declarado en anteriores ocasiones en relación con el régimen de caudales circulantes en cuencas supracomunitarias. Al respecto, éste indicó lo siguiente:

“[...] el principio de unidad de gestión de la cuenca y el tratamiento homogéneo del recurso (artículo 13 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas), cuya conformidad a la Constitución fue explícitamente declarado por la STC 227/1988 (FJ 15), exige que la *especificación de los caudales mínimos y máximos circulantes corresponda, en las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una comunidad autónoma, a los organismos de cuenca,* entre cuyas funciones se encuentra la de administrar y controlar el dominio público hidráulico [artículo 21.1.c) de la Ley de aguas]. Se infiere de todo ello, que el régimen de caudales ecológicos ha de ser elaborado y aprobado para la cuenca hidrográfica en su conjunto, lo que impide una regulación independiente del mismo por cada una de las comunidades autónomas implicadas, cuyas competencias en materia de pesca fluvial y de protección de su ecosistema no pueden tener un alcance extraterritorial, ni interferir en la competencia del Estado sobre aprovechamientos hidráulicos [...]. Esta exigencia no supone, en modo alguno, privar a las comunidades autónomas de sus competencias en orden a la protección de la pesca fluvial y su entorno medioambiental. Antes bien, el organismo de cuenca determinará el régimen de los caudales ecológicos mediante la ‘mutua colaboración’ (artículo 23 de la Ley de aguas) con las comunidades autónomas cuyo territorio forme parte total o parcialmente de una cuenca hidrográfica. Por idéntica razón, podrá el legislador autonómico establecer fórmulas que permitan esa colaboración y, por lo tanto, el establecimiento conjunto y sin interferencias del régimen de caudales ecológicos de la cuenca, pues lo único que resulta contrario al reparto constitucional de competencias es, en este punto, la determinación unilateral del citado régimen de caudales (STC 110/1998, FJ 3).” (FJ 3)

Como quiera que del precepto analizado nada permitía deducir que se estuviera atribuyendo a la comunidad autónoma la competencia para fijar cuáles debían ser los caudales ecológicos mínimos, el Tribunal reiteró su criterio, según el cual:

“[...] nos encontramos, de este modo, ante una obligación legal que puede justificarse en títulos competenciales distintos que concurren sobre un mismo espacio físico y que, lejos de excluir otras de similar naturaleza, las complementa [...].” (FJ 3)

Por lo expuesto, el Tribunal concluyó que:

“Por tanto, dado que no atribuye a la comunidad autónoma la fijación del caudal mínimo, debemos concluir que el artículo 26 de la ley recurrida no vulnera las competencias del Estado en materia hidráulica.” (FJ 3)

Por su parte, el artículo 27 disponía que:

“1. Cuando las presas, diques y otras obras hidráulicas existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se opongan a la circulación y el acceso de los peces a los distintos tramos de los cursos de aguas por ellos habitados, se construirán escalas o pasos que faciliten su libre trasiego, salvo que razones de imposibilidad material lo impidan.

“2. Los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos en nuevas instalaciones quedan obligados a construir pasos o escalas que faciliten el tránsito de los peces a los distintos tramos de los cursos de aguas.”

En relación con el artículo 27.1, el Tribunal entendió que:

“[...] supone una intervención directa en el dominio público hidráulico con entero desconocimiento de la competencia estatal sobre el mismo, cerrando el paso a toda fórmula alternativa que permita cohonestar las facultades de intervención que respectivamente corresponden a cada Administración (la hidráulica y la de fluvial) sobre la materia. Desplazamiento de competencias ajenas que, de conformidad con la doctrina constitucional anteriormente expuesta, conduce a la declaración de inconstitucionalidad del precepto.” (FJ 3)

En cuanto al artículo 28, disponía lo siguiente:

“Se prohíbe levantar y extraer de los cauces las piedras existentes en los mismos cuando por su cantidad pueda perjudicarse la capacidad biogénica del medio, así como acumular o verter residuos sólidos y escombros en orillas y cauces de aguas públicas.”

Al respecto, el Tribunal, siguiendo lo ya manifestado con anterioridad en la STC 15/1998, declaró que:

“Dicho precepto en la medida en que se aparta de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de aguas” (hoy 100 del texto refundido, que somete tales actividades a autorización administrativa), al convertir en absoluta la prohibición contenida en dicha Ley estatal que –según quedó anteriormente expuesto– tiene la consideración de legislación básica de protección del medio ambiente, invade la competencia exclusiva que al Estado reconoce el artículo 149.1.23 de la CE, lo que conduce a la declaración de su inconstitucionalidad” (FJ 5)

Por este y otros motivos, el Tribunal resolvió estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, declarando que los artículos 27.1, 28, 31 y 63.c) 13 eran contrarios al orden constitucional de competencias y, por tanto, eran nulos. Desestimando el recurso en todo lo demás.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Resolviendo acerca de supuestos similares, ver las siguientes sentencias: STC 15/1998, de 22 de enero, y STC 110/1998, de 21 de mayo.

Sobre el órgano competente para la especificación de los caudales mínimos y máximos que corresponda, ver la siguiente sentencia: STC 227/1998 (FJ 15).

Tribunal Constitucional. Incidente de nulidad de actuaciones. Tutela judicial efectiva. Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes. Principio de legalidad sancionadora. Derecho a la presunción de inocencia

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: 131/2003. Recurso de amparo núm. 4800/2000
FECHA: 30 de junio de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Tomás S. Vives Antón
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 24.2 y 25.1 de la CE; artículo 240.3 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ), y artículo 74.2.f) de la Ley de Cataluña 6/1998, de 30 de marzo, forestal (Ley forestal)
DOCTRINA: Incidente de nulidad de actuaciones. Tutela judicial efectiva. Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes. Principio de legalidad sancionadora. Derecho a la presunción de inocencia (FJ 2, 3, 4 y 5)
VOTO PARTICULAR: Ilmo. Sr. Eugeni Gay Montalvo

SUPUESTO DE HECHO

Los titulares de una explotación ganadera fueron denunciados por unos guardias forestales por pastorear cuarenta y siete bovinos en una reserva nacional de caza sin contar con la correspondiente autorización administrativa. La mencionada denuncia dio lugar a la apertura de un expediente sancionador. Por resolución del Director General de Medio Natural de 4 de septiembre de 1995, fueron sancionados con una multa de 125.000 pesetas, por la comisión de una falta grave. Los titulares de la explotación interpusieron recurso ordinario, siendo éste desestimado. Tras ello, interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente. La estimación parcial del recurso supuso la variación de una infracción grave por otra leve, con una sanción de 100.000 pesetas.

Los recurrentes interpusieron recurso de amparo por considerar que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad penal (artículos 24.1 y 25 de la CE).

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva –y, en consecuencia, una indefensión constitucionalmente relevante– se habría producido por las diversas irregularidades existentes durante el procedimiento. Se formularon varias alegaciones en relación con las denuncias (no notificadas a los recurrentes) hechas por los guardas forestales, quienes, al no tener vínculo funcionarial alguno con la reserva, carecían de presunción de veracidad. También se refirieron a la falta de consideración por los órganos administrativos y judicial de un derecho de pastoreo en el monte en el que se encontraba la zona de caza, amparado en un derecho consuetudinario. Los recurrentes consideraban que el hecho de que las resoluciones que resolvieron los distintos recursos no dijeran nada al respecto generaba una incongruencia omisiva constitucionalmente relevante.

En cuanto al principio de legalidad, los recurrentes alegaron que los hechos acontecidos no encajaban en el supuesto de hecho de la sanción que les fue impuesta.

Finalmente, los recurrentes alegaban el menoscabo de su derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE), al no haberse acreditado el lugar donde ocurrieron los hechos ni la titularidad, pública o privada, del mismo.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

Alegaciones del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.

En relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el Ministerio Fiscal entendió que no se había producido un menoscabo del derecho de defensa con alcance constitucional. En cuanto a la incongruencia omisiva, éste consideraba que no podía ser examinada por el Tribunal, por no haberse agotado la vía judicial previa, al no haberse acudido al incidente de nulidad de actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal desestimó todas las pretensiones de los recurrentes en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, el Tribunal consideró que no se había producido una indefensión constitucionalmente relevante, pues, para que se produjera, según doctrina constitucional consolidada, "la indefensión constitucionalmente relevante no ha de ser meramente formal, lo que implica que el defecto procedimental que pueda haberse producido haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el recurrente en sus posibilidades de defensa". (FJ 2)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] el recurrente ha podido conocer la infracción administrativa que se le imputaba, alegar lo que estimo oportuno, proponer los medios de prueba y recurrir las resoluciones administrativas que establecieron y confirmaron la sanción administrativa, por lo que no se aprecia cuál ha podido ser la indefensión sufrida, por lo que procede desestimar, sin más trámite, la queja (fundamento de derecho 8). Tampoco acredita el recurrente cuál ha sido la concreta indefensión producida por las irregularidades que denuncia por lo que procede desestimar el motivo." (FJ 2)

En relación con la incongruencia omisiva invocada por los recurrentes, el Tribunal consideró que no se había producido, por cuanto la resolución judicial impugnada había declarado lo siguiente:

"[...] la afirmación, vertida por la representación procesal del expedientado, de que la creación de la reserva ha limitado los derechos tradicionales de pastoreo de los ganaderos 'ninguna relación guarda con lo que es el objeto' del proceso". De modo que, según el Tribunal, "El órgano judicial ha optado, así, por no tomar en consideración el alegato del demandante en amparo, dando una respuesta desestimatoria a su pretensión acerca de la regularidad de la sanción administrativa impuesta". (FJ 3)

En cualquier caso, el Tribunal consideró que incluso en el caso de que se hubiera producido una incongruencia omisiva, "el recurrente debía haber instado el incidente de nulidad de actuaciones, previsto en el artículo 240.3 de la Ley orgánica del poder judicial, antes de acudir ante este Tribunal en amparo". (FJ 3)

Tampoco observó el Tribunal en el caso enjuiciado que se hubiera producido una vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la CE). El Tribunal sintetizó la doctrina del mismo al respecto, declarando lo siguiente:

"a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino

que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes." (FJ 4)

[...]

"b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos." (FJ 4)

[...]

"c) Corresponde a los jueces y tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase." (FJ 4)

[...]

"d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea 'decisiva en términos de defensa." (FJ 4)

[...]

"e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas [...] y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia." (FJ 4)

Refiriéndose al caso enjuiciado, el Tribunal analizó las pretensiones perseguidas por los recurrentes con la práctica de la prueba. Observando el contenido del auto por el que se inadmitieron las pruebas propuestas, el Tribunal consideró que éste:

"[...] explica razonadamente el motivo por el que inadmite una buena parte de las pruebas propuestas por la representación procesal del recurrente: no guardan relación directa con el proceso. Y tal aseveración no puede reputarse, a la vista de las actuaciones, errónea." (FJ 4)

De modo que no se puede entender que se hubiera producido una vulneración del mencionado derecho.

En cuanto al principio de legalidad sancionadora, el Tribunal recordó que la norma en cuya virtud los recurrentes fueron sancionados [artículo 74.2.f)] prohibía "pastorear en zonas vedadas de conformidad con la presente ley". Dado que los planes de aprovechamiento forestal sólo establecían los términos en los que el pastoreo, "prohibido en principio en una reserva nacional de caza", podía llevarse a cabo, el Tribunal entendió que "conociendo la existencia de una prohibición inicial, era al recurrente al que correspondía cerciorarse de los términos en que la conducta que llevaba a cabo podía estar autorizada". (FJ 5)

De modo que, según el Tribunal, no se estaba "ante una resolución sancionadora que impida a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas". (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal negó que existiera vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia. En términos del propio Tribunal, el derecho comporta lo siguiente:

"Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio." (FJ 7)

La aplicación de la doctrina expuesta llevó al Tribunal a la conclusión de que aplicando no se había producido la vulneración invocada, pues, como indicó el Tribunal, "el recurrente fue sorprendido [...] mientras pastoreaba [...] por diversos guardias forestales. Todos ellos declararon en el plenario y señalaron que pidieron al recurrente que sacará a su ganado del lugar donde fue sorprendido pastoreando y uno de ellos dijo que éste les manifestó que le daba igual que lo denunciaran porque no pensaba pagar ninguna multa". Según el Tribunal, ello constituía elemento probatorio suficiente para acreditar que el recurrente había incumplido lo establecido por la Ley forestal.

En atención a lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de amparo.

Voto particular formulado por el magistrado don Eugeni Gay Montalvo

El magistrado discrepaba del parecer de la sala en relación con la infracción del principio de legalidad sancionadora, declarando que:

"[...] como quiera que la citada ley no aclara sin embargo en qué zonas está efectivamente vedado el pastoreo, entiendo que es forzoso concluir que el tipo directa y materialmente tipificado por el citado artículo 74.2.f) no es completo ni, en consecuencia, suficiente para determinar la aplicación de la sanción impuesta al recurrente."

Así, según el magistrado "era obligado comprobar si realmente en el caso presente existía alguna norma que, con arreglo a la citada remisión legal, precisara las zonas o los terrenos forestales en los que está vedado el pasto, haciendo posible así la completa descripción de la infracción administrativa considerada. Una comprobación que necesariamente apunta, en mi opinión, a los planes de aprovechamiento forestal que corresponde aprobar a la Administración autonómica".

En relación con los planes de aprovechamiento forestal ["la norma remitida por la Ley forestal de Cataluña para completar el tipo infractor previsto en el artículo 74.2.f)"], el magistrado declaró que se encuentran sujetos "al principio constitucional de publicidad garantizado con carácter general en el artículo 9.3 de la CE y de modo particular, en el caso de las normas sancionadoras, por la garantía material comprendida en el artículo 25.1 de la CE".

Siendo ello así, el magistrado concluyó que se debería haber declarado la nulidad de la resolución sancionadora y, por consiguiente, otorgado el amparo, por cuanto "el citado plan de aprovechamiento de pastos no ha sido en efecto objeto de ningún tipo de publicidad; lo que, como también ha advertido este Tribunal, es un requisito imprescindible a fin de proporcionar las debidas garantías de conocimiento, constancia y certeza que reclama el principio de legalidad de las sanciones consagrado por el artículo 25.1 de la CE".

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el incidente de nulidad de actuaciones, en este mismo número, ver la siguiente sentencia: STC 111/2003, de 16 de junio.

Sobre los requisitos para que se de una indefensión constitucionalmente relevante, ver las siguientes sentencias: STC 43/1989, de 20 de febrero; STC 101/1990, de 4 de junio; STC 6/1992, de 16 de enero; STC 105/1995, de 3 de julio; STC 86/1997, de 22 de abril (FJ 1), y STC 6/2003, de 20 de enero (FJ 4), entre otras.

Sobre el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, ver las siguientes sentencias: STC 165/2001, de 16 de julio (FJ 2), y STC 168/2002, de 30 de septiembre (FJ 3).

Negando que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para que la defensa comprenda un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, que permita a las partes exigir cualesquiera normas, ver las siguientes sentencias: STC 168/1991, de 19 de julio; STC 211/1991, de 11 de noviembre; STC 233/1992, de 14 de diciembre; STC 351/1993, de 29 de noviembre; STC 131/1995, de 11 de septiembre; STC 1/1996, de 15 de enero; STC 116/1997, de 23 de junio; STC 190/1997, de 10 de

noviembre; STC 198/1997, de 24 de noviembre; STC 205/1998, de 26 de octubre; STC 232/1998, de 1 de diciembre; STC 96/2000, de 10 de abril (FJ 2), y STC 26/2000, de 31 de enero (FJ 2).

Exigiendo, para que se entienda vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, ver las siguientes sentencias: STC 149/1987, de 30 de septiembre; STC 212/1990, de 20 de diciembre; STC 87/1992, de 8 de junio; STC 94/1992, de 11 de junio; STC 1/1996; STC 190/1997; STC 52/1998, de 3 de marzo; STC 26/2000 (FJ 2); STC 101/1989, de 5 de junio; STC 233/1992, de 14 de diciembre; STC 89/1995, de 6 de junio; STC 131/1995; STC 164/1996, de 28 de octubre; STC 189/1996, de 25 de noviembre; STC 89/1997, de 10 de noviembre; STC 190/1997, y STC 96/2000 (FJ 2).

Negando que el Tribunal Constitucional pueda sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase, ver las siguientes sentencias: STC 233/1992, de 14 de diciembre (FJ 2); STC 351/1993, de 29 de noviembre (FJ 2); STC 131/1995, de 11 de septiembre (FJ 2); STC 35/1997, de 25 de febrero (FJ 5); STC 181/1999, de 11 de octubre (FJ 3); STC 236/1999, de 20 de diciembre (FJ 5); STC 237/1999, de 20 de diciembre (FJ 3); STC 45/2000, de 14 de febrero (FJ 2), y STC 78/2001, de 26 de marzo (FJ 3).

Declarando que es necesario que la falta de actividad probatoria sea decisiva en términos de defensa es necesario para que exista una vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, ver las siguientes sentencias: STC 1/1996, de 15 de enero (FJ 2); STC 219/1998, de 17 de diciembre (FJ 3); STC 101/1999, de 31 de mayo (FJ 5); STC 26/2000 (FJ 2); STC 45/2000 (FJ 2); STC 1/1996, de 15 de enero; STC 164/1996, de 28 de octubre; STC 218/1997, de 4 de diciembre, y STC 45/2000 (FJ 2).

Exigiendo que el recurrente razone la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas, ver las siguientes sentencias: STC 149/1987, de 30 de septiembre (FJ 3), y STC 131/1995, de 11 de septiembre (FJ 2).

Exigiendo argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ver las siguientes sentencias: STC 116/1983, de 7 de diciembre (FJ 3); 147/1987, de 25 de septiembre (FJ 2); 50/1988, de 2 de marzo (FJ 3); STC 357/1993, de 29 de noviembre (FJ 2); STC 30/1986, de 20 de febrero (FJ 8); STC 1/1996, de 15 de enero (FJ 3); STC 170/1998, de 21 de julio (FJ 2); STC 129/1998, de 16 de junio (FJ 2); STC 45/2000 (FJ 2), y STC 69/2001, de 17 de marzo (FJ 28).

Sobre el principio de legalidad, ver las siguientes sentencias: STC 133/1987, de 21 de julio (FJ 5); STC 137/1997, de 21 de julio (FJ 7); STC 151/1997, de 29 de septiembre (FJ 4), y STC 64/2001, de 17 de marzo [FJ 4 a)].

Sobre el derecho a la presunción de inocencia, ver las siguientes sentencias: STC 76/1990, de 26 de abril [FJ 8.b)]; STC 169/1998, de 21 de julio (FJ 2); STC 17/2002, de 28 de enero (FJ 2); STC 45/1997, de 11 de marzo (FJ 4); STC 249/2000, de 30 de octubre (FJ 3), y STC 117/2002, de 20 de mayo (FJ 9 *ab initio*).

Tribunal Constitucional. Elecciones municipales. Anulación de papeletas de votos de electores residentes ausentes que viven en el extranjero. Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: 153/2003. Recurso de amparo electoral núm. 4427/2003
FECHA: 17 de julio de 2003
PONENTE: Ilma. Sra. Elisa Pérez Vera
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 14, 23.2 y 24.1 de la CE, y artículos 96 y 190.4 de la Ley orgánica del régimen electoral general (LOREG)
DOCTRINA: Elecciones municipales. Anulación de papeletas de votos de electores residentes ausentes que viven en el extranjero. Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (FJ 3, 5, 6, 7, 8, 9 y 10)

SUPUESTO DE HECHO

El representante de cierta candidatura a unas elecciones locales interesó la nulidad de determinadas papeletas que se habían unido al acta de escrutinio, correspondientes a votos por correspondencia de residentes ausentes que se habían emitido, según éste, con infracción del artículo 190.4 de la LOREG, que regula el voto por correspondencia de los residentes ausentes que vivan en el extranjero.

La Junta Electoral de Zona de Ourense acordó desestimar la reclamación. Dicho acuerdo fue recurrido ante la Junta Electoral Central, que desestimó el recurso y ordenó a la Junta de Zona que proclamara los candidatos electos resultantes conforme al escrutinio celebrado. Éstos fueron proclamados por Acuerdo de 9 de julio de 2003. Contra dicho acuerdo fue interpuesto recurso contencioso-electoral.

El órgano judicial, que consideraba que el precepto aplicación al caso era el artículo 190.4 de la LOREG, entendió que la inobservancia de los requisitos formales del voto por correspondencia no acarreaba necesariamente la nulidad del voto, sino que había que atender a las circunstancias del caso y observar las irregularidades existentes en la papeleta a fin de "determinar si tienen una entidad suficiente para hacer equívoca la voluntad del elector, puesto que, en todo caso, ha de atenderse a esta última y salvar, siempre que ello sea posible, aquellos defectos o alteraciones que no ofrezcan duda sobre cuál fue la efectiva voluntad del elector".

Tras ello, el recurrente interpuso recurso de amparo, alegando la vulneración de los artículos 14, 23.2 y 24.1 de la CE, al dar la sentencia impugnada validez a ciertas papeletas, correspondientes a votos emitidos por electores incluidos en el censo electoral de residentes ausentes, en las que se no se citaba a las personas que no eran cabeza de lista de los partidos a los que se indicaba que se dirigía el voto.

El recurrente consideraba que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 96.2 de la LOREG (aplicable, según el recurrente, a los votos emitidos por correo), se debía haber declarado la nulidad de dichas papeletas. El artículo 96.2 dispone que serán nulos "los votos emitidos en papeletas en las que se hubiera modificado, añadido, señalado o tachado nombres de los candidatos en ella [la papeleta] o alterando su orden de colocación, así como aquellas en las que se hubiere producido cualquier otro tipo de alteración".

El Tribunal Constitucional estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En este mismo número, sobre el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes, ver la siguiente sentencia: STC 154/2003, de 17 de julio.

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal se refirió en primer lugar al alcance del control constitucional de amparo sobre la regularidad del procedimiento electoral, precisando que éste "debe ceñirse a la indagación relativa a si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, los vicios procedimentales que se constaten pueden afectar al resultado de la elección misma y, a través de éste, a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido, que es el consagrado en el artículo 23.2 de la CE". (FJ 3)

En este sentido, el Tribunal consideró que el supuesto enjuiciado revestía de dimensión constitucional, por cuanto la validez otorgada a las papeletas incidía en la asignación de un concejal de la candidatura que representaba el recurrente.

Dicho lo anterior, el Tribunal aclaró que no era necesaria la invocación del derecho a la igualdad por ser el derecho contemplado por el artículo 23 de la CE una concreción del mismo.

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

"[...] la discrepancia en la forma de interpretar la legalidad no es en modo alguno fundamento para la concesión del amparo constitucional, cuando se realiza en forma motivada en términos de Derecho: sólo si esa interpretación supone la lesión de un derecho fundamental podrá ser revisada en esta sede, pero en virtud de la vulneración de ese derecho, y no de la tutela judicial." (FJ 5)

Por tanto, el Tribunal procedió a analizar si la interpretación hecha por el órgano judicial de los artículos 96.2 y 190.4 de la LOREG había supuesto una vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 23 de la CE), valorando a tal efecto si los órganos judiciales habían "[...] ponderado adecuadamente los derechos fundamentales en juego". (FJ 5)

Al respecto, el Tribunal consideró que la interpretación hecha por los órganos judiciales no se podía considerar admisible ni en los términos de la LOREG ni de acuerdo con lo establecido por la Constitución, y en concreto, de acuerdo con los derechos fundamentales reconocidos por el artículo 23 de la CE.

El Tribunal hizo referencia a la existencia de ciertas reglas especiales diferentes del régimen previsto con carácter general, indicando los siguiente:

"[...] no aparece una exclusión similar en el artículo 96 de la LOREG en cuanto a las causas de nulidad de los votos, ni el artículo 190 incluye norma específica alguna sobre la invalidez del voto por correspondencia de los residentes ausentes que venga a suplir las que de manera general se enuncian en aquel precepto." (FJ 6)

"Por el contrario, parece evidente que el artículo 96.2 de la LOREG, tanto por sus categóricos términos como por su situación dentro del título primero de la ley [...] tiene una vocación de generalidad, entendida en el sentido de que todos los votos, con independencia de su procedencia, se ven sometidos a sus determinaciones." (FJ 6)

A lo anterior, el Tribunal añadió que, en contra del parecer del el órgano judicial, que consideraba que había analizar las circunstancias del caso, "[...] los componentes de las mesas electorales, [...] son 'una Administración electoral no especializada', por lo que las normas sobre la nulidad de los votos han de ser formuladas en términos precisos, con determinación detallada de todas las reglas especiales y de las posibles exclusiones, sin que sea preciso acudir a interpretaciones más o menos complejas sobre la aplicabilidad de cada precepto." (FJ 6)

Hecha esta aclaración, el Tribunal pasó a analizar "[...] si existe o no incompatibilidad u oposición entre el régimen contenido en el artículo 96.2 y el artículo 190.4 de la LOREG, de forma que las normas del primero no permitan ser aplicadas al voto por correspondencia regulado en el segundo; esto es, si sus reglas pueden predicarse o no con claridad de papeletas en las que, a diferencia de las que se utilizan por el resto de los electores, no figura impresa la lista de candidatos". (FJ 7)

Hecho el correspondiente examen, el Tribunal Concluyó que:

"La única diferencia estriba en que a los electores residentes ausentes, en lugar de las papeletas impresas de cada una de las candidaturas, se les envía [...] una copia del boletín oficial de la provincia correspondiente en el que figuran todas las candidaturas proclamadas en el municipio en el que figuren inscritos, a las cuales habrán de atenerse sin posibilidad de alteración alguna, razón por la cual el apartado 4 del reiterado artículo 190 sólo les permite escribir en la papeleta el nombre de la formación política a la que deseen votar. En definitiva, aun con distinto instrumento de emisión de su voluntad, los electores residentes ausentes encuentran las mismas limitaciones que los demás a la hora de emitir su voto: en ningún caso pueden alterar las listas electorales sobre las que el mismo recae." (FJ 7)

Ello llevó al Tribunal a la conclusión de que:

"[...] no existe en la regulación del voto por correspondencia de los residentes ausentes en las elecciones municipales ninguna determinación que, por resultar incompatible, excluya la aplicación al mismo de lo dispuesto en el artículo 96.2 de la LOREG, con el lógico corolario de que nada impide que un voto de los emitidos por dicha vía pueda incurrir en alguna de las irregularidades contempladas en dicho precepto." (FJ 7)

De modo que las causas de nulidad del artículo 96 de la LOREG serían también aplicables al voto emitido por correspondencia. Sin embargo, el Tribunal aclaró que dichos argumentos no acarrearían de por si la vulneración del derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad si no fuera porque también se producía una vulneración del artículo 23 de la CE.

En efecto, según el Tribunal:

"[...] la interpretación seguida por el órgano judicial conduce a que se deban computar en todo caso como votos válidos los emitidos en papeletas que, por incurrir en alguna de las incorrecciones recogidas en el artículo 96.2 de la LOREG –y sin perjuicio de ponderar las circunstancias de cada caso–, deberían haber dado lugar a la declaración de su nulidad, pudiendo alterarse el resultado final de la elección." (FJ 8)

Según el Tribunal:

"Estas consecuencias no resultan admisibles desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 de la CE." (FJ 8)

Al analizar si la declaración de validez de los tres votos discutido había supuesto una vulneración del artículo 23 de la CE, éste concluyó lo siguiente:

"La resolución judicial impugnada restó importancia a estas alteraciones [en las papeletas], entendiendo que, al constar la denominación o siglas del partido ha de entenderse que, aun cuando los electores incluyeran en el espacio correspondiente, o fuera de él, los nombres de candidatos de dicho partido político, incluso no respetando el orden de su colocación, su voluntad queda patente respecto de la intención de voto al mencionado partido [...]." (FJ 9)

Siguiendo con las alteraciones existentes en las papeletas, el Tribunal indicó que:

"[...] al actuar así los votantes se han apartado de las precisas reglas de la legislación electoral [...]. En este caso, la normativa electoral es meridianamente clara al determinar la forma de actuar del elector, a pesar de lo cual, en las tres papeletas que

son objeto del presente recurso de amparo los electores no se han ajustado a lo establecido en el artículo 190.4 de la LOREG." (FJ 10)

A la vista de lo expuesto, el Tribunal consideró que se había producido una vulneración del artículo 23 de la CE, de modo que procedió a la estimación del recurso, restableciendo al recurrente en su derecho, lo que implicaba la anulación de la sentencia impugnada y del acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Ourense de 9 de junio de 2003, para que ésta procediera a una nueva proclamación de candidatos.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes, ver la siguiente sentencia: STC 154/2003, de 17 de julio.

En relación con el alcance del control constitucional de amparo sobre la regularidad del procedimiento electoral, ver las siguientes sentencias: STC 9/1989, de 4 de mayo (FJ 2), y STC 26/1990, de 19 de febrero (FJ 4).

Declarando que los derechos contenidos en el artículo 23 son una concreción del principio de igualdad, ver las siguientes sentencias: STC 185/1999, de 11 de octubre (FJ 4); STC 50/1986, de 23 de abril, y STC 84/1987, de 29 de mayo.

Declarando que la discrepancia en la forma de interpretar la legalidad no es fundamento para otorgar el amparo constitucional, ver la siguiente sentencia: STC 26/1999, de 19 de febrero (FJ 5).

Declarando que en la medida en que la interpretación de los preceptos legales es determinante de la suerte del derecho fundamental cuestionado corresponde al Tribunal Constitucional comprobar que la interpretación de la legalidad electoral realizada por el órgano judicial se ajusta a la Constitución, ver las siguientes sentencias: STC 24/1990, de 15 de febrero (FJ 2); STC 26/1990, de 19 de febrero (FJ 4), y STC 131/1990, de 16 de julio (FJ 2).

Declarando los componentes de las mesas electorales son ciudadanos designados por sorteo y que constituyen una administración electoral no especializada, ver la siguiente sentencia: STC 26/1990, de 19 de febrero (FJ 6).

Tribunal Constitucional. Derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos. Coalición electoral presentada a las elecciones de un municipio con un nombre parcialmente distinto al dado a la misma en el resto del partido judicial. Prevalencia de la voluntad de constituir una coalición y comparecer como tal sobre el hecho de que todos los partidos aparezcan o no representados en todas las listas

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: 154/2003. Recurso de amparo electoral núm. 4456/2003
FECHA: 17 de julio de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Vicente Conde Martín de Hijas
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23 de la CE, y artículo 44 de la Ley orgánica del régimen electoral general (LOREG)
DOCTRINA: Derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos. Coalición electoral presentada a las elecciones de un municipio con un nombre parcialmente distinto al dado a la misma en el resto del partido judicial. Prevalencia de la voluntad de constituir una coalición y comparecer como tal sobre el hecho de que todos los partidos aparezcan o no representados en todas las listas (FJ 8 y 11)

SUPUESTO DE HECHO

Varias organizaciones políticas acordaron constituirse en coalición electoral para concurrir a una elecciones municipales bajo una misma denominación y con un mismo logotipo, si bien en uno de los municipios para los que se presentaban éste tenía una denominación distinta. De un lado, aparecía en su denominación el nombre de un partido que aparecía en la denominación general. De otro lado, no aparecía en ésta el nombre de un partido que, sin embargo, sí aparecía en la denominación general.

Tras la celebración de las elecciones se levantaron las correspondientes actas de sesión de cada mesa, sin que fuera formulada reclamación o protesta alguna por el hecho de que la coalición se presentara en un municipio con una denominación específica, diferente de la denominación genérica, pero manteniendo un elemento común visible en todas las papeletas de todas las candidaturas del partido judicial al que se presentaba la mencionada coalición.

Unos días más tarde se procedió a la constitución de todos los ayuntamientos de los municipios del partido judicial al que se ha hecho alusión, asignando la Junta Electoral de Zona el único diputado provincial del partido judicial a la coalición a que se ha hecho referencia.

El representante de un partido político interpuso recurso contencioso-electoral contra dicho acuerdo. La Sección Electoral de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia estimó el recurso, ordenando la retroacción de actuaciones al momento de asignación de un diputado provincial para que la Junta Electoral de Zona procediera a un nuevo cómputo en el que no se tuvieran en cuenta los votos obtenidos por la coalición mencionada en el municipio en que se presentaba bajo un nombre distinto, y la asignación de diputados a la lista que resultara con más votos.

El representante de la coalición interpuso un recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos (artículo 23.2 de la CE) y a no ser discriminado (artículo 14 de la CE).

El recurrente sostenía lo siguiente:

"[...] el artículo 44.1.b) de la LOREG permite que puedan presentarse como candidatos las coaliciones constituidas y que, al interpretar este precepto, la Junta Electoral Central, ha declarado que la denominación de todos los partidos integrantes de la coalición no tiene por qué comprender necesariamente la totalidad de los elementos identificadores de la coalición."

El Tribunal Constitucional estimó el recurso, declarando la nulidad de la sentencia recaída en el recurso contra el acuerdo de la Junta Electoral de Zona por la que se asignó el puesto de diputado provincial a la coalición recurrente en amparo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Constitucional analizó el contendido del artículo 44 de la LOREG, declarando que éste:

"[...] exige para la presentación de candidaturas o listas de candidatos por las coaliciones electorales que formen los partidos o federaciones una comunicación previa a la junta electoral competente, consignando su voluntad de concurrir a las elecciones conjuntamente a través de un pacto de coalición, haciendo constar, además, su denominación, las normas por las que se rige la coalición y las personas titulares de sus órganos de dirección o coordinación." (FJ 8)

Además, el Tribunal declaró que:

"[...] en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.3 de la LOREG, no pueden los partidos integrantes de la coalición presentar candidaturas independientes en los distritos en los que presente candidaturas la coalición electoral." (FJ 8)

Entrando en el caso enjuiciado, en relación con la denominación dada a la coalición, el Tribunal declaró lo siguiente:

"La no-presencia del partido político A del País Valenciano en el municipio de C se sustenta en la sentencia a partir de la denominación, siglas y símbolos específicos que la coalición electoral demandante de amparo empleó en el referido municipio en relación con los utilizados en los otros municipios del partido judicial de S, en los que no aparecen la denominación ni siglas correspondientes a A. E igualmente la no-presencia del partido político B en el resto de los municipios del partido judicial se sustenta en la denominación, las siglas y los símbolos que la coalición electoral empleó en dichos municipios en relación con los utilizados en el municipio de Cullera, en los que no aparecen la denominación ni las siglas correspondientes a Alternativa Progresista de Cullera." (FJ 11)

Dicho lo anterior, el Tribunal continuó como sigue:

"Mas, frente a la conclusión alcanzada por el órgano judicial, se alza la legislación electoral, en lo que ahora interesa su artículo 44.2 de la LOREG, que no impide que una coalición electoral adopte una denominación o simbología específica en determinados distritos electorales, manteniendo la referencia a una denominación común que deba incorporarse a todas las circunscripciones, ni impone que esa denominación común deba comprender necesariamente la totalidad de los elementos identificadores de la coalición [...]." (FJ 11)

Según el Tribunal:

"[...] en modo alguno cabe inferir, a partir de la voluntad explícitamente manifestada por las fuerzas políticas integrantes de la coalición en el acuerdo o pacto de su constitución, que el partido político Esquerra Unida no concurrió a las elecciones, formando parte de la coalición, en el municipio de Cullera, ni que tampoco lo hizo, formando también parte de la coalición, el partido político Alternativa Progresista de Cullera en los otros municipios del partido judicial de Sueca. Por el contrario, la lectura de aquel pacto o acuerdo, que en ningún momento fue cuestionado durante el procedimiento electoral, y que constituye el elemento determinante tanto del ámbito subjetivo como territorial de la coalición, pone de manifiesto, como señala el Ministerio Fiscal, la expresa voluntad de los partidos políticos que lo firmaron de constituir una única coalición y comparecer como tal al proceso electoral, en lo que ahora interesa, en todos los municipios del partido judicial de Sueca." (FJ 11)

De modo que, aunque de acuerdo con cierta doctrina constitucional "la denominación, las siglas y los símbolos de los instrumentos de participación política y electoral [...] son un elemento fundamental de los mismos, no sólo porque sirven como elemento intrínseco de configuración, sino, y sobre todo, por constituir un medio fundamental de identificación para el ciudadano [...]", el Tribunal consideró que, aun así, "la doctrina constitucional reseñada en modo alguno puede empañar en este caso la conclusión alcanzada, pues nada se razona ni argumenta en la sentencia recurrida respecto a que denominación, siglas y logotipo específicos utilizados por la coalición electoral demandante de amparo en los municipio de Cullera, junto a la denominación identificadora común a todos los municipios [...], hayan podido inducir a confusión en este supuesto al electorado en relación con los integrantes de la entidad política que a lo largo de la campaña electoral recabó su voto". (FJ 11)

Dicho lo anterior el Tribunal concluyó lo siguiente:

"[...] tratándose, como en este caso se trata, según resulta del acuerdo o pacto de constitución, de una única coalición electoral, la sentencia recurrida en amparo ha vulnerado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 de la CE), al impedir a la demandante de amparo que, a los efectos de la asignación del diputado provincial que corresponde al partido judicial de Sueca, se le computen los votos obtenidos en los seis municipios de dicho partido judicial.

En consecuencia, al anular la sentencia, ha de tenerse por válido el Acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Sueca, de 16 de junio de 2003, por el que se asignó el único diputado provincial que corresponde al partido judicial de Sueca a la coalición electoral demandante de amparo." (FJ 11)

A la vista de lo expuesto, el Tribunal resolvió estimar el recurso, según se ha indicado en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes, ver la siguiente sentencia: STC 153/2003, de 17 de julio.

Declarando que el artículo 44.2 de la LOREG no impide que una coalición electoral adopte una denominación o simbología específica en determinados distritos electorales, manteniendo la referencia a una denominación común que deba incorporarse a todas las circunscripciones, ni impone que esa denominación común deba comprender necesariamente la totalidad de los elementos identificadores de la coalición, ver los siguientes acuerdos de la Junta Electoral Central: acuerdos de 17 de enero de 1979, de 6 de febrero y de 7 de abril de 1995, de 28 de mayo, de 15 de julio y de 30 de noviembre de 1998, y acuerdos de 15 de marzo y de 20 de abril de 1999, entre otros.

Declarando que las siglas y los símbolos de los instrumentos de participación política y electoral son un elemento fundamental de los mismos, ver las siguientes sentencias: STC 69/1986, de 28 de mayo (FJ 2), y STC 103/1991, de 13 de mayo (FJ 2).

Tribunal Constitucional. Suspensión de una licencia de auto-taxi por el cobro de tarifas superiores o inferiores a las autorizadas. Sanción basada en lo establecido en una ordenanza municipal, carente de norma que le dé cobertura legal. Principio de legalidad sancionadora

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: 161/2003. Recurso de amparo núm. 4456/2003
FECHA: 15 de septiembre de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Javier Delgado Barrio
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 25.1 de la CE, y artículos 51.III.b) y 54.c), apartado 1, de la Ordenanza municipal de Madrid reguladora del servicio de vehículos de alquiler con aparato de taxímetro
DOCTRINA: Suspensión de una licencia de auto-taxi por el cobro de tarifas superiores o inferiores a las autorizadas. Sanción basada en lo establecido en una ordenanza municipal, carente de norma que le dé cobertura legal. Principio de legalidad sancionadora (FJ 2 y 3)

SUPUESTO DE HECHO

El primer teniente de alcalde de la rama de policía municipal, tráfico e infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid impuso al titular de una licencia de auto-taxi la suspensión de la misma por un período de seis meses, por considerársele autor de una infracción muy grave, consistente en el "cobro de tarifas superiores o inferiores a las autorizadas y de suplementos no establecidos", conforme a lo previsto en los artículos 51.II.b) y 54.c), apartado 1, de la Ordenanza municipal de Madrid reguladora del servicio de vehículos de alquiler con aparato de taxímetro.

El titular de la licencia sancionado interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, recurso que fue desestimado. Contra dicha resolución, se interpuso un recurso de apelación, que también fue desestimado.

Ambas resoluciones se apoyaron en el argumento de que la sanción impuesta encontraba cobertura legal en la regulación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, cuyo artículo 141.g) tipifica como infracción grave "el incumplimiento del régimen tarifario", y cuyo artículo 143.5 permite a la autoridad administrativa, en caso de incumplimiento "de manifiesta gravedad" de las condiciones esenciales de la licencia que autoriza la correspondiente actividad, acordar la "revocación de la autorización", por lo que "nada podría reprocharse a una decisión administrativa que había adoptado una medida sancionadora de menor gravedad que la prevista como legalmente posible".

Tras ello, el recurrente interpuso un recurso de amparo, al considerar que se había vulnerado el principio de legalidad sancionadora previsto por el artículo 25.2 de la CE, al habérsele impuesto la sanción de suspensión temporal de licencia de auto-taxi con apoyo exclusivo en una ordenanza municipal que carecía de la cobertura legal impuesta constitucionalmente.

El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso, por entender que la sanción impuesta carecía de cobertura legal.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso, reconociendo la vulneración del derecho del recurrente en amparo a la legalidad sancionadora y declarando la nulidad del acto por el que se le había impuesto la sanción de suspensión de licencia de auto-taxi.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó la supuesta vulneración del principio de legalidad imputada a la Administración. Al respecto, el Tribunal se refirió al alcance de dicho principio, de acuerdo con su reiterada doctrina, según la cual:

"[...] el derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 de la CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, que comprende una doble garantía. La primera, de orden material y de alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas [...]. La segunda es de carácter formal, y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, [...] el término 'legislación vigente' contenido en dicho artículo 25.1 de la CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora [...]." (FJ 2)

A continuación, el Tribunal se refirió al alcance de la reserva de ley en el caso de las infracciones y sanciones administrativas, indicando que:

"[...] el alcance de la reserva de ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, y ello tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas como por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad." (FJ 2)

Sin embargo, el Tribunal aclaró que "En todo caso, el artículo 25.1 de la CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración". (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal recordó lo declarado en una ocasión en relación con la sentencia referida a la licencia de auto-taxis:

"a) La suspensión de la licencia de auto-taxi impuesta al ahora recurrente es, sin duda, 'una sanción administrativa sometida a lo que prescribe el artículo 25.1 de la CE' (FJ 3). b) Ningún precepto constitucional prevé 'la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es la prestación de servicios de transporte en auto-taxi' (FJ 4). c) La exigencia de ley para la regulación de las infracciones y sanciones en las ordenanzas municipales, siempre que se aprueben por el Pleno del Ayuntamiento, 'ha de ser flexible', aunque 'esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley' (FJ 6)." (FJ 2)

En relación con el principio de legalidad sancionadora, el Tribunal añadió a lo anterior que éste:

"[...] exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los artículos 54.1.a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común], identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción." (FJ 3)

Según el Tribunal:

"Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona, sin que esté excluido, como acaba de exponerse, que una norma de rango reglamentario desarrolle o concrete el precepto o los preceptos legales a cuya identificación directa o razonablemente sencilla el sancionado tiene un derecho que se deriva del artículo 25 de la CE." (FJ 3)

En el caso enjuiciado, el Tribunal recordó que la resolución administrativa únicamente se había basado en los preceptos de

una ordenanza, sin que fuera invocada norma legal alguna que otorgara cobertura legal a la ordenanza aplicada. Ello sólo lo hicieron los órganos judiciales. Sin embargo, como recordó el Tribunal:

"[...] es a la Administración a la que está atribuida la competencia sancionadora y que a los órganos judiciales corresponde controlar la legalidad del ejercicio de esas competencias por la Administración. No es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración." (FJ 3)

Más adelante, éste declaró que:

"En el ámbito administrativo sancionador corresponde a la Administración, según el Derecho vigente, la completa realización del primer proceso de aplicación de la norma (que debe ser reconducible a una con rango de ley que cumpla con las exigencias materiales del artículo 25.1 de la CE), lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica: constatación de los hechos, interpretación del supuesto de hecho de la norma, subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y determinación de la consecuencia jurídica [...]. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría." (FJ 3)

Por lo expuesto, el Tribunal concluyó que se había producido una infracción del principio de legalidad sancionadora garantizado en el artículo 25.1 de la CE.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando que el derecho fundamental incluido en el artículo 35.1 de la CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, ver la siguiente sentencia: STC 52/2003, de 17 de marzo (FJ 7).

Declarando que el término "legislación vigente" contenido en el artículo 25 de la CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora, ver las siguientes sentencias: STC 61/1990, de 29 de marzo (FJ 7); STC 60/2000, de 2 de marzo (FJ 3); STC 25/2002, de 11 de febrero (FJ 4), y STC 113/2002, de 9 de mayo (FJ 3).

Sobre el alcance de la reserva de ley en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, ver las siguientes sentencias: STC 42/1987, de 7 de abril (FJ 2); STC 3/1998, de 21 de enero (FJ 9); STC 3/1988, de 21 de enero (FJ 9); STC 305/1993, de 25 de octubre (FJ 3), y STC 177/1992, de 2 de noviembre (FJ 2).

Declarando que el papel de los órganos judiciales queda limitado a controlar la legalidad del ejercicio de las competencias sancionadoras de la Administración, ver la siguiente sentencia: STC 133/1999, de 15 de julio.

Sobre la suspensión de la licencia de auto-taxis, ver la siguiente sentencia: STC 132/2001, de 8 de junio.

Tribunal Constitucional. Derecho a la tutela judicial efectiva. Error en el cómputo de los plazos que conlleva una sentencia desestimatoria

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa eléctrica solicitó a un ayuntamiento licencia de actividad y apertura para dos centrales eléctricas. En concepto de tasa por solicitud de licencia de actividad y apertura, el ayuntamiento aprobó una liquidación por 73.481.184 pesetas. Contra dicho acuerdo, la empresa eléctrica interpuso recurso contencioso-administrativo.

El ayuntamiento en cuestión opuso, entre otros motivos, la inadmisibilidad del recurso conforme al artículo 69.c) de la LJCA, al considerar que los actos impugnados no eran susceptibles de impugnación, por cuanto se notificaron a la parte actora de forma legal sin que ésta interpusiera recurso de reposición.

Por el Auto de 22 de abril de 1999, el juzgado tuvo por fijada la cuantía del recurso, por contestada la demanda y dispuso a proponer a prueba el recurso.

El 10 de mayo de 1999, el recurrente comunicó al juzgado que había presentado, dentro del plazo de subsanación otorgado por el artículo 138.1 de la LJCA, un recurso de reposición ante el Ayuntamiento de Saucelle.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Salamanca declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo al considerar que el acto recurrido no era susceptible de impugnación. El juez indicó que el recurso de reposición, de carácter preceptivo y requisito procesal para la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo respecto de los actos de aplicación y efectividad de los tributos locales, tenía un plazo de interposición de un mes (a contar de fecha a fecha) y desde la notificación expresa, y que en el caso enjuiciado éste se interpuso varios días después de su vencimiento (teniéndose que presentar el 22 de febrero, se interpuso el 4 de marzo).

Frente a dicha sentencia, la entidad eléctrica interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que desestimó el recurso.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestimó la subsanación intentada por el recurrente, que alegaba haber interpuesto un recurso de reposición con apoyo al artículo 138.1 de la LJCA.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: 165/2003. Recurso de amparo núm. 5088/1999
FECHA: 29 de septiembre de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Pablo García Manzano
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE
DOCTRINA: Derecho a la tutela judicial efectiva. Error en el cómputo de los plazos que conlleva una sentencia desestimatoria (FJ 2)

El Tribunal indicó que el artículo 138.1 de la LJCA concedía al recurrente el plazo de diez días siguientes a la notificación del escrito que contuviera la alegación. Dado que el escrito de contestación a la demandante contenía denuncia formal de la falta de interposición del preceptivo recurso de reposición y, como quiera que ese escrito fue notificado al recurrente el 22 de abril, el mencionado plazo finalizaba el 6 de mayo. Sin embargo, el recurrente presentó el escrito el 10 de mayo de 1999, con lo que, según el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, el intento de subsanación fue extemporáneo.

Tras ello, la compañía eléctrica interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, aduciendo la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo. El recurrente consideraba que el Tribunal había cometido un grave error de fechas, al haber confundido la fecha de la resolución judicial que tiene por contestada la demanda con la fecha en que esa resolución judicial, junto con la fecha en que le resolución judicial fue contestada por la demanda, fue notificada a la empresa eléctrica. Además, el recurrente consideraba que se había incumplido uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que se entendiera vulnerado el mencionado principio, cual era el hecho de que la única causa por la que la sala sentenciadora había confirmado la inadmisibilidad estribaba en ese error.

El Ministerio Fiscal interesó que se accediera al amparo solicitado, por cuanto, si se iniciaba el cómputo del plazo a partir de la fecha en que se notificó el Auto de 22 de abril, el día en que fue planteado el recurso (29 de abril) estaría dentro del plazo de diez días establecido por el artículo 138.1 de la CE.

El Tribuna Constitucional otorgó el amparo, anulando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó el contenido de las resoluciones judiciales, declarando lo siguiente:

"[...] ambas resoluciones judiciales detienen sus razonamientos (también los concernientes a la denominada impugnación indirecta y al ejercicio de la acción de nulidad de pleno derecho del artículo 102 de la LPC) en la justificación de la concurrencia del óbice de inadmisibilidad del artículo 69.c) de la LJCA, consistente en 'que la pretensión tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación'; de ahí que, cualquiera que deba ser la respuesta a la alegación del Ayuntamiento de Saucelle aludida, y visto que la alusión de la demandante al derecho a un proceso equitativo es meramente tangencial y carente de una argumentación propia, es claro que el canon constitucional desde el que debemos enjuiciar la cuestión planteada en el presente amparo es el del derecho de acceso a la jurisdicción o al proceso del artículo 24.1 de la CE." (FJ 2)

Tras ello, refiriéndose a las consecuencias de la inadmisión de un recurso por un error en los cómputos procesales, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Asimismo, constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el cómputo de los plazos procesales es cuestión de mera legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso, o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el ordenamiento jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el artículo 24.1 de la CE." (FJ 2)

Acerca de la vulneración del artículo 24.1 de la CE por parte de un juez o tribunal, el Tribunal aclaró que:

"[...] no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional", sino que, el error "ha de ser patente [...]", "[...] determinante de la decisión adoptada [...]" y, "Además, la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte que, en tal caso, no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental [...]". "Por último, el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca". (FJ 2)

A la vista de la doctrina expuesta y tras valorar el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que efectivamente se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial del recurrente y, en consecuencia, resolvió otorgar el amparo solicitado, anulando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los criterios que determinan la relevancia constitucional de los errores de los jueces o tribunales sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión, ver las siguientes sentencias: STC 1/1989, de 16 de enero (FJ 3); STC 201/1992, de 19 de noviembre (FJ 2); STC 220/1993, de 30 de junio (FJ 4); STC 322/1993, de 8 de noviembre (FJ 3); STC 191/1997, de 10 de noviembre (FJ único); STC 215/1997, de 27 de noviembre (FJ único); STC 89/1999, de 26 de mayo (FJ 3 y 4), y STC 133/2000, de 16 de mayo (FJ 3), entre otras.

Declarando que no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional, ver las siguientes sentencias: STC 88/2000, de 27 de marzo (FJ 4); STC 96/2000, de 10 de abril (FJ 5), y STC 169/2000, de 26 de junio (FJ 2).

Exigiendo que el error sea determinante de la decisión adoptada, ver las siguientes sentencias: STC 217/2000, de 18 de septiembre (FJ 3); STC 281/2000, de 27 de noviembre (FJ 3); STC 25/2001, de 26 de febrero (FJ 2), y STC 88/2002, de 22 de abril (FJ 2).

Exigiendo que la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, ver las siguientes sentencias: STC 89/2000, de 27 de marzo (FJ 2), y STC 150/2000, de 12 de junio (FJ 2).

Exigiendo que el error produzca efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca, ver las siguientes sentencias: STC 172/1985, de 16 de diciembre (FJ 7); STC 190/1990, de 26 de noviembre (FJ 3), y STC 96/2000, de 10 de abril (FJ 5).

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recusación de un magistrado por ser profesor en la universidad a la que pertenecía una persona cesada del cargo de gerente en la misma, en el procedimiento en que se estudiaba la procedencia del cese. Derecho a un juicio justo. Derecho a un tribunal independiente e imparcial

SUPUESTO DE HECHO

El rector de una universidad ordenó el cese de un director de personal administrativo y de servicio del campus de dicha universidad. Contra dicho acuerdo, el funcionario interpuso un recurso contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que inadmitió el recurso.

Paralelamente a la interposición del recurso mencionado, el recurrente interpuso un recurso contencioso-administrativo ordinario.

Pasado un tiempo, el recurrente envió un informe a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el que solicitaba la recusación de un magistrado por ser ése profesor asociado de la universidad de la que él había sido cesado y formulaba la demanda de la prác-

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Asunto Cañete de Goñi contra España. Demanda núm. 62435/2000
FECHA: 17 de junio de 2003
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 6.1 del Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales (el Convenio), y artículo 24 de la CE
DOCTRINA: Recusación de un magistrado por ser profesor en la universidad a la que pertenecía una persona cesada del cargo de gerente en la misma, en el procedimiento en que se estudiaba la procedencia del cese. Derecho a un juicio justo. Derecho a un tribunal independiente e imparcial (FJ 21 y 27)

tica de la prueba sobre ese hecho. La Sala inadmitió la solicitud de recusación, alegando que, según establece el artículo 223.1 de la LOPJ, ésta debe proponerse "tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. Si dicho conocimiento fuera anterior al pleito, habrá que proponerse al inicio del mismo". Se consideraba que, como gerente de la misma universidad que había sido, debía conocer esa circunstancia. Además, el Tribunal entendía que el recurrente debería haber justificado al formular la recusación que hasta ese momento desconocía dicha circunstancia, cosa que no hizo. Así, la recusación debería haberse presentado en el momento en que fue informado de la composición de la sala, cosa que no se hizo.

En cuanto al fondo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha desestimó el recurso.

Tras ello, el recurrente presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por considerar vulnerado su derecho a un juicio justo (artículo 24 de la CE). El recurrente invocaba su derecho a que su causa fuese oída por un tribunal independiente e imparcial, y se quejaba de la inadmisión de su solicitud de recusación. Además, afirmaba desconocer a la persona de quien solicitó la recusación, a la que no tenía la obligación de conocer en su calidad de gerente, por cuanto su trabajo se limitaba al personal administrativo y de servicio de la universidad. Finalmente, el recurrente consideraba que tener que probar el hecho negativo de no conocer a una persona constituía una "prueba diabólica". Por lo expuesto, el recurrente consideraba que su causa no había sido examinada de forma equitativa por el Tribunal.

El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso, declarando lo siguiente:

"No es posible atentar contra el artículo 24.1 de la Constitución española sino cuando el órgano judicial realiza una apreciación poco razonable, manifiestamente errónea o arbitraria de una causa legal de inadmisibilidad [...]. En el presente caso, no se pueden deducir tales vicios en el hecho de presumir que el demandante conociera la condición de profesor asociado de uno de los magistrados.

"Los meros vicios de procedimiento no implican en sí mismos una violación del artículo 24.2 de la Constitución española. Dicha violación del artículo 24.2 no tiene lugar sino cuando la irregularidad del procedimiento es determinante respecto a los derechos de la defensa [...] Corresponde entonces al demandante demostrar la importancia de la irregularidad alegada en la decisión final [...] En el presente caso, los motivos admitidos por la sala (del Tribunal Superior de Justicia) para dictar su sentencia no son puestos en duda por las irregularidades denunciadas en la práctica de los elementos de prueba."

Tras ello, el recurrente presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud del artículo 6.1 del Convenio, que prevé el derecho a un tribunal independiente e imparcial. El Tribunal estimó el recurso, por considerar que sí se había producido una violación del artículo 6.1 del Convenio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó si había elementos que podían llevar a suponer que la conducta del magistrado de quien se solicitó la revocación podía ser imparcial. Al respecto, éste apuntó que:

"[...] la imparcialidad debe apreciarse tanto según el trámite subjetivo que trata de determinar la convicción personal de dicho juez en dicha ocasión, y según el trámite objetivo tendente a asegurarse de que existían las garantías suficientes para excluir a ese respecto cualquier duda legítima." (FJ 21)

En cuanto al aspecto subjetivo, el Tribunal consideró que nada indicaba que existiera un "perjuicio o toma de partido por parte del juez [...]". Sin embargo, consideró que existían ciertos hechos comprobables que, con independencia del comportamiento personal del juez, permitían "sospechar de la imparcialidad de éste". Así, según el Tribunal:

"[...] las dudas del demandante sobre la imparcialidad del magistrado en cuestión eran legítimas, teniendo en cuenta los vínculos profesionales existentes entre este último y la otra parte en el litigio, y podían generar dudas sobre su imparcialidad objetiva." (FJ 27)

"En efecto, profesor asociado de la universidad, el magistrado mantenía vínculos profesionales estrechos y regulares con la universidad desde hacía varios años. Por otro lado, percibía como profesor una remuneración periódica que no se puede calificar de desdeñable (7.200 euros anuales en opinión del Gobierno). Hubo por tanto concomitancia de las dos instancias que implican al Juez [...], que ejercía la doble función de juez del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por un lado, y de profesor asociado remunerado por la parte contraria, por otro. En opinión del Tribunal, esta situación pudo hacer nacer ciertos temores legítimos en el demandante de que el juez [...] no abordara su caso con la imparcialidad requerida." (FJ 27)

En consecuencia, el Tribunal consideró que sí se había producido una vulneración del artículo 6.1 del Convenio en cuanto a la exigencia de un tribunal imparcial, debiendo el Estado demandado abonar al demandante la cantidad de 2.000 € en concepto de daño moral.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la imparcialidad de jueces y tribunales, ver la siguiente sentencia: STEDH Thomann contra Suiza de 10 junio de 1996 (TEDH 1996/26) (Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-III, pág. 815, apdo. 30); Sentencia Castillo Algar contra España de 28 de octubre de 1998 (TEDH 1998/51) (Repertorio 1998-VIII, pág. 3116, apdo. 45); sentencias Ferrantelli y Santangelo contra Italia de 7 agosto de 1996 (TEDH 1996/34) (Repertorio 1996-III, págs. 951-952, apdo. 58), y STEDH Wettstein contra Suiza (TEDH 2000/682) (núm. 33958/1996, apdo. 44, TEDH 2000-XII).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a un proceso equitativo. Derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Primera. Asunto Kyrtatos contra Grecia. Demanda núm. 41666/1998
FECHA: 22 de mayo de 2003
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 6.1 y 8 del Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales (el Convenio), y artículo 24 de la CE
DOCTRINA: Derecho a un proceso equitativo. Derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia (FJ 30, 31, 43, 45, 52, 53 y 54)

SUPUESTO DE HECHO

En 1985, el prefecto de Cyclades trazó los nuevos límites urbanos de varios municipios. En 1988, fueron nuevamente trazados los límites de dos de ellos. Sobre la base de la resolución de 1985, en marzo de 1993 se concedió una licencia de construcción.

Los titulares de dos terrenos, junto con una asociación de defensa del medio ambiente, presentaron un recurso contencioso-administrativo contra las mencionadas resoluciones del prefecto y la de licencia de construcción, que consideraban ilegales por ser el área en cuestión un terreno pantanoso y el artículo 24 de la Constitución griega, que protege el medio ambiente, dispone que no se pueden construir asentamientos urbanos en dichos lugares.

En julio de 1995, el tribunal correspondiente consideró que se había producido una vulneración del mencionado precepto, por cuanto el nuevo trazado ponía en riesgo una zona pantanosa, hábitat natural importante para varias especies protegidas. De ello el Tribunal deducía que las licencias de construcción eran también ilegales y debían ser anuladas. Además, el Tribunal anuló la resolución del prefecto de 1988, por no ser publicada en la forma prescrita por la ley.

En febrero de 1996, el prefecto dictó dos resoluciones que excluían de demolición a los edificios afectados.

En abril de 1997, un comité especial del Tribunal Supremo Administrativo falló que las autoridades no habían cumplido las resoluciones anteriores, no habían demolido los edificios construidos en base a las licencias mencionadas y habían continuado concediendo más licencias de construcción en la zona.

Los mencionados titulares de los terrenos presentaron una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que se habían violado los artículos 6.1 y 8 del Convenio.

El Tribunal admitió la existencia de una vulneración del artículo 6.1, condenando por ello al Estado a indemnizar por daños morales a los demandantes (20.000 y 10.000 euros, respectivamente, y 5.000 euros conjuntamente).

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Sobre la violación del artículo 6.1 del Convenio

Los demandantes alegaban que la falta de ejecución de las sentencias mencionadas suponía una violación del artículo 6.1 del Convenio. Éstos consideraban que la única consecuencia legal de la anulación de las licencias de construcción era la demolición de los edificios, cosa que no hicieron las autoridades griegas y que conllevó la mencionada vulneración.

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] el artículo 6.1 garantiza a toda persona el derecho a que los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil sean oídos por un tribunal; así, incluye el 'derecho a un tribunal' del que el derecho de acceso, esto es, el derecho a iniciar un procedimiento ante los tribunales en materia civil, constituye uno de los aspectos. Sin embargo, ese derecho sería ilusorio si el sistema legal del Estado contratante permitiera que una resolución firme, vinculante, permaneciera inoperante en detrimento de una de las partes." (FJ 30)

Así, refiriéndose al caso enjuiciado, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"[...] al abstenerse en este caso durante más de siete años de tomar las medidas necesarias para cumplir con dos resoluciones firmes y vinculantes, las autoridades griegas privaron al artículo 6.1 del Convenio de todo efecto útil." (FJ 31)

De modo que, según el Tribunal, la falta de ejecución había conllevado una violación del artículo 6.1 del Convenio.

Asimismo, los demandantes consideraban que el artículo 6.1 también había sido violado como consecuencia de la duración de los procedimientos.

Al respecto, el Tribunal declaró, de acuerdo con lo manifestado en anteriores ocasiones, que:

"[...] para decidir si la duración de un procedimiento es razonable o no, hay que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso y los siguientes criterios: la complejidad del caso, la conducta de las partes, la conducta de las autoridades que tratan el asunto y lo que está en juego para el demandante en el litigio." (FJ 40)

Concluyendo que:

"A la vista de los criterios establecidos en su jurisprudencia y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, la duración de los procedimientos en cuestión fue excesiva y no cumplió con el requisito de 'plazo razonable'." (FJ 43)

Sobre la violación del artículo 8 del Convenio

Por su parte, los demandantes alegaban que el plan de desarrollo urbano de la zona sudeste de Tinos había supuesto la destrucción de su medio ambiente físico y afectó su vida, lo que suponía una violación del artículo 8 del Convenio, que dispone lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia."

Respecto a la violación del artículo 8, los demandantes alegaban lo siguiente:

"[...] independientemente del peligro para su salud, el deterioro del medio ambiente debe ser examinado bajo el punto de vista del artículo 8 del Convenio cuando afecta de forma adversa a la vida de alguien." (FJ 45)

Éstos admitían que:

"[...] el artículo 8 no se viola cada vez que se produce un deterioro ambiental y comprenden la importancia del desarrollo urbano y los intereses económicos que lleva asociados [...] que los estados gozan de discrecionalidad para decidir sobre la ordenación urbana. Por otro lado, [...] la interferencia de cualquier Estado en el medio ambiente debe mantener un equilibrio justo entre los intereses en disputa de los individuos y del conjunto de la sociedad." (FJ 45)

En relación con el caso enjuiciado éstos consideraban que "[...] la cuestión del equilibrio justo era bastante sencilla. [...] el Tribunal Supremo Administrativo había inclinado la balanza a favor de la zona pantanosa y en contra del desarrollo urbano. Por lo tanto, las autoridades griegas estaban obligadas a atenerse a su propia elección. Sin embargo, al no cumplir las mencionadas sentencias, habían permitido la destrucción de la zona pantanosa". (FJ 45)

En su análisis, el Tribunal hizo distinción entre las alegaciones relativas a la pérdida de belleza paisajística de la zona pantanosa, y las relativas a la situación ambiental causada por el ruido.

En relación con el primer aspecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"El elemento crucial que debe estar presente para determinar si, en las circunstancias de un caso, la contaminación medioambiental ha afectado de manera adversa a uno de los derechos que protege el apartado 1 del artículo 8, es la existencia de un efecto dañino en la esfera privada o familiar de la persona y no simplemente el deterioro general del medio ambiente. Ni el artículo 8 ni ningún otro de los artículos del Convenio están específicamente redactados para proporcionar una protección general al medio ambiente como tal; a tal efecto, para tratar este aspecto concreto, son más pertinentes otros instrumentos internacionales y otras leyes internas." (FJ 52)

Analizando el caso enjuiciado, el Tribunal observó que:

"[...] los demandantes no han presentado ningún argumento convincente que demuestre que el supuesto daño a las aves y a otras especies protegidas que viven en la zona pantanosa es tal como para afectar directamente a sus propios derechos en virtud del artículo 8.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). Hubiera podido ser distinto si, por ejemplo, el deterioro medioambiental del que se quejan hubiera consistido en la destrucción de una zona boscosa lindante con la casa de los demandantes, situación que podía haber afectado más directamente al propio bienestar de los demandantes." (FJ 53)

En cuanto a las molestias que producía el vecindario a los demandantes como resultado del desarrollo urbano de la zona, el Tribunal consideró que "[...] no ha alcanzado el grado suficiente de gravedad como para ser tenido en cuenta a efectos del artículo 8". (FJ 54)

Por tanto, el Tribunal consideró que no se había producido una violación del artículo 8 del Convenio.

En consecuencia, el Tribunal declaró que se había violado el artículo 6.1 del Convenio, imponiendo al Estado correspondiente el pago en concepto de daño moral de las cantidades indicadas en el apartado anterior.

Voto particular

El señor Zagrebelsky discrepó de la opinión de la mayoría en relación con la violación de la vida privada de los demandantes. Éste consideraba que, aunque el Convenio no protegiera el medio ambiente como tal, como declaró el mismo Tribunal en otras ocasiones, "[...] tampoco hay duda de que una degradación del medio ambiente puede suponer una violación de un derecho específico reconocido por el Convenio".

Así, en relación con el caso enjuiciado, éste consideró que "[...] está claro que hubo un deterioro de la calidad del medio ambiente en el que estaba situada la casa de los demandantes".

De modo que, si bien éste admitía que la injerencia no era importante, según él no se podía negar que hubiera habido injerencia alguna. En consecuencia, el magistrado declaró lo siguiente:

"[...] la importancia de la calidad del medio ambiente y la creciente conciencia de esa cuestión no pueden conducir al Tribunal a ir más allá del alcance del Convenio. Pero estos factores deben inducir a reconocer la creciente importancia del deterioro medioambiental en las vidas de las personas. Este punto de vista puede estar perfectamente en línea con la interpretación dinámica y la puesta al día evolutiva del Convenio que el Tribunal adopta habitualmente en muchos campos."

[...]

"Aquí, el Tribunal tiene únicamente que comprobar que, como decidieron los tribunales griegos, la injerencia era ilegal. Así, no se ha cumplido la primera y básica condición para la legitimidad, incluso de una injerencia menor, en la vida privada o familiar."

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando que la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal debe ser considerada como parte integrante del "juicio" a efectos del artículo 6, quedando, cuando las autoridades administrativas se niegan o no cumplen con ello, o incluso retrasan el hacerlo, las garantías de que dispone un litigante en virtud del artículo 6 durante la fase judicial del procedimiento desprovistas de sentido, ver la siguiente sentencia: Sentencia Hornsby contra Grecia de 19 de marzo de 1997 (TEDH 1997/4) (Repertorio de sentencias y resoluciones 1997-II, págs. 510-511, apdos. 40-41).

Sobre los criterios para determinar si la dilación en un procedimiento es razonable o no, ver, entre otras, la siguiente sentencia: Frylender contra Francia (TEDH 2000/146) [GS] (núm. 30979/1996, apdo. 43, TEDH 2000-VII).

Declarando que la contaminación medioambiental grave puede afectar al bienestar de las personas e impedirles disfrutar de sus casas de manera que afecte de forma adversa a su vida privada y familiar sin poner en grave peligro, sin embargo, su salud, ver la siguiente sentencia: Sentencia López Ostra contra España de 9 diciembre de 1994 (TEDH 1994/3) (serie A núm. 303-C, pág. 54, apdo. 51).

Declarando que una degradación del medio ambiente puede suponer una violación de un derecho específico reconocido por el Convenio, ver las siguientes sentencias: Sentencia Powell y Rainer contra el Reino Unido de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990/4) (serie A núm. 172, apdo. 40); Sentencia López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3) (serie A núm. 303-C, apdo. 51), y Sentencia Guerra contra Italia de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2), (Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-I, apdo. 57).

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sistema comunitario de reconocimiento de títulos de enseñanza superior

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto C-285/01
FECHA: 9 de septiembre de 2003
PONENTE: Sra. C. Stix-Hackl
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 48 del Tratado de la CE (actualmente artículo 39 del Tratado, tras su modificación), y artículo 3, párrafo primero, letra a), de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (la Directiva)
DOCTRINA: Sistema comunitario de reconocimiento de títulos de enseñanza superior (FJ 38, 39, 43, 45 y 52)

SUPUESTO DE HECHO

La Sra. B se licenció en Derecho en la Universidad de Lisboa (Portugal). En ese momento (1981) tenía la nacionalidad portuguesa. En 1983, obtuvo el título de técnico de hospitales en la Escola Nacional de Saúde Pública de Lisboa (Escuela Nacional de Salud Pública, en adelante, ENSL). Del 1 de septiembre de 1983 al 20 de noviembre de 1989 ejerció las funciones de técnico de hospitales en la Administración pública portuguesa. Posteriormente se doctoró en Derecho en Francia, en el marco de una excedencia por estudios y, además, adquirió la nacionalidad francesa.

En julio de 1993, la Sra. B solicitó al Ministerio de Sanidad francés la incorporación al cuerpo de directores de hospital de

la función pública francesa, alegando las cualificaciones obtenidas en Portugal.

Su solicitud fue desestimada por exigir la incorporación a dicho cuerpo haber superado previamente las pruebas de acceso a la École nationale de la santé publique (Escuela Nacional de Salud Pública, en adelante, ENSP), con sede en Francia.

Tras ello, la Sra. B interpuso un recurso de anulación contra la decisión. Al ser ésta desestimada, la Sra. B interpuso recurso de apelación ante la Cour administrative d'appel de Douai.

La Cour administrative d'appel de Douai planteó, con arreglo al artículo 234 de la CE, dos cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 48 del Tratado de la CE (actualmente artículo 39 de la CE, tras su modificación) y de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años.

La Cour planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) Un ciclo de formación impartido en una escuela de formación de funcionarios como la ENSP, que culmina con el nombramiento definitivo del funcionario, ¿puede equipararse a un título en el sentido de lo dispuesto en la Directiva [89/48/CEE] del Consejo, de 21 de diciembre de 1988? En caso de respuesta afirmativa, ¿cómo debe apreciarse si el título de la Escola Nacional de Saúde Pública de Lisboa y el de la École nationale de la santé publique de Rennes son equiparables?"

"2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede la autoridad competente supeditar el ingreso en la función pública de funcionarios de otro Estado miembro que acrediten estar en posesión de un título equivalente a determinados requisitos, en particular, a que superen las pruebas de acceso a la École, si dichos funcionarios ya han superado un procedimiento de selección similar en su país de origen?"

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró lo siguiente:

"1) La declaración de haber superado el examen final de la formación en la École nationale de la santé publique, que culmina con el nombramiento definitivo como funcionario en un hospital público francés, debe calificarse de 'título' en el sentido de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a efectos de aplicar el artículo 3, párrafo primero, letra a), de dicha directiva, si un diploma obtenido en otro Estado miembro por un nacional de un Estado miembro que aspira a ejercer una profesión regulada en el Estado miembro de acogida puede calificarse de título en virtud de la norma citada y, en su caso, examinar en qué medida las formaciones sancionadas por dichos títulos son equiparables por lo que se refiere tanto a su duración como a las materias que abordan. Si de estas comprobaciones resulta que se trata en los dos casos de un título en el sentido de la directiva y que ambos títulos sancionan formaciones equiparables, la citada directiva se opone a que las autoridades del Estado miembro de acogida supediten el acceso de dicho nacional de un Estado miembro a la profesión de director de un hospital público al requisito de que curse la formación impartida en la École nationale de la santé publique y se someta al examen final de dicha formación."

"2) Cuando un nacional de un Estado miembro está en posesión de un título, obtenido en un Estado miembro, equiparable al exigido en otro Estado miembro para acceder a un empleo en un hospital público, el Derecho comunitario se opone a que las autoridades del último Estado miembro supediten la incorporación de dicho nacional al citado empleo a la superación de un procedimiento de selección como las pruebas de acceso a la École nationale de la santé publique."

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Primera cuestión prejudicial: Posibilidad de equiparar un ciclo de formación impartido en una escuela de formación de funcionarios como la ENSP, que culmina con el nombramiento definitivo del funcionario a un título en el sentido de lo dispuesto en la Directiva [89/48/CEE] del Consejo, de 21 de diciembre de 1988. Modo de apreciarse si el título de la ENSL y el de la ENSP son equiparables

En relación con la primera cuestión prejudicial, el Tribunal recordó la postura del Gobierno francés al respecto.

El Gobierno francés consideraba que el artículo 48.4 del Tratado, que establece una excepción para los "empleos en la Administración pública", no era aplicable al asunto principal por cuanto la Sra. B había adquirido la nacionalidad francesa y, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, "la profesión a la que aspira no está comprendida en el concepto de empleo en la Administración pública en el sentido del citado apartado". Sin embargo, el Gobierno observaba que el empleo controvertido formaba parte de la función pública francesa. Teniendo en cuenta dichas particularidades de los empleos en la función pública, el estatuto de las personas que los ejercen y las modalidades específicas de su organización, estimaba que la directiva no se aplicaba a tales empleos.

El Gobierno francés alegaba que era necesario tomar en consideración las particularidades de las escuelas de administración francesas, en las que, tras la incorporación de sus alumnos y durante el período de prácticas, éstos formaban parte de la función pública en calidad de funcionarios en prácticas remunerados, conllevando el final del período de prácticas el nombramiento definitivo como funcionarios de un hospital público.

Partiendo de las anteriores consideraciones, el Gobierno francés consideraba que pese a que el artículo 3 del Decreto 93/703 lo calificaba de título, el documento que declaraba que se había superado el examen final de la formación en la ENSP no estaba comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la directiva.

Por ello consideraba que la directiva se debía interpretar en el sentido de que el sistema general de reconocimiento de títulos que establece no era aplicable a la formación impartida en la ENSP.

En respuesta a la primera cuestión, el Tribunal advirtió en primer lugar que la directiva no admitía una exclusión tan amplia de su ámbito de aplicación. Así:

"De la base jurídica de la directiva, de su duodécimo considerando, así como de su artículo 2, párrafo segundo, se desprende que los empleos en la función pública están comprendidos, en principio, en el ámbito de aplicación de la directiva salvo cuando sean aplicables el artículo 48, apartado 4, del Tratado o una directiva específica que establezca entre los estados miembros un reconocimiento mutuo de los títulos." (FJ 38)

"[...] un empleo de director de un hospital público no está comprendido en la excepción prevista en el artículo 48, apartado 4, del Tratado. En efecto, tal empleo no implica una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público ni en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas (véase, en particular, la Sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Grecia, C-290/94, Rec. p. I-3285, apartado 34). Además, no existe una directiva específica que, conforme al artículo 2, párrafo segundo, de la directiva sea aplicable a dicho empleo." (FJ 39)

Además, el Tribunal aclaró que el hecho de que la normativa nacional calificara como estatutario el empleo en la función pública no era relevante a los efectos de apreciar si dicho

empleo constituía una profesión regulada en el sentido de la directiva, por cuanto "[...] el concepto de profesión regulada es una cuestión de Derecho comunitario". (FJ 43)

En este sentido, como indicó el Tribunal, "Del artículo 1, letras c) y d), de la directiva, resulta que una profesión regulada es una actividad profesional que, por lo que respecta a sus requisitos de acceso o de ejercicio, está directa o indirectamente regulada por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que exigen la posesión de un título".

"A este respecto, debe destacarse que el artículo 5 del Decreto 88163 establece que el acceso al empleo de director de un hospital público francés está reservado a las personas que hayan seguido la formación en la ENSP y hayan superado las pruebas de un examen que pone fin a la formación." (FJ 45)

En relación con la obtención del título, el Gobierno francés sostenía que "[...] la superación del examen final de la formación en la ENSP da lugar al nombramiento definitivo en un hospital público de los funcionarios en prácticas y no queda confirmada mediante un título u otro documento. Por tanto, dicha formación no conduce a la obtención de un título en el sentido de la directiva." (FJ 51)

Sin embargo, el Tribunal no compartía dicha postura, indicando que:

"[...] basta con señalar que la declaración de haber superado el examen final de la formación en la ENSP puede calificarse de título en el sentido del artículo 1, letra a), de la directiva, a la luz de su función básica, a saber, acreditar que el interesado ha seguido con éxito un ciclo de formación postsecundaria de, como mínimo, tres años que le ha permitido adquirir la capacitación profesional exigida para acceder a una profesión regulada. La circunstancia de que el título no adopte la forma de un documento formal no es suficiente para desvirtuar esta conclusión." (FJ 52)

A la luz de las consideraciones anteriores, el Tribunal llegó a la conclusión indicada en el apartado anterior.

Segunda cuestión prejudicial: Posibilidad de que, cuando un nacional de un Estado miembro esté en posesión de un título, obtenido en un Estado miembro, equiparable al exigido en otro Estado miembro para acceder a un empleo en un hospital público, el Derecho comunitario se oponga a que las autoridades del último Estado miembro supediten la incorporación de dicho nacional al citado empleo a la superación de un procedimiento de selección como las pruebas de acceso a la ENSP

Para la resolución de dicha cuestión prejudicial, el Tribunal se refirió en primer lugar a la finalidad de las pruebas de acceso a la ENSP, indicando que éstas:

"[...] tienen por objeto seleccionar un número determinado de candidatos, que se calcula en función de las previsiones de puestos disponibles en los hospitales públicos al finalizar la ENSP." (FJ 88)

"De este modo, las pruebas de acceso a la ENSP desempeñan un papel esencial en el procedimiento de selección y de incorporación de personal a los hospitales públicos franceses. Este aspecto de selección y de incorporación de personal de las pruebas no tiene carácter secundario en relación con el acceso a la formación." (FJ 89)

Acerca de la necesidad de someterse a dichas pruebas, el Tribunal añadió a lo anterior lo siguiente:

"[...] el reconocimiento de la equiparación del título de la Sra. B implica, tal como se desprende de la respuesta a la primera cuestión, que debe ser dispensada de la formación en la ENSP y del examen final de la formación, pero, por sí solo, no puede justificar que se le exima de someterse a las pruebas de acceso a la ENSP, en la medida en que [...] dicho examen desempeña un papel esencial en el procedimiento de selección y de incorporación de personal a los hospitales públicos." (FJ 91)

Tras ello, el Tribunal recordó su jurisprudencia, según la cual:

"[...] constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por parte de un nacional de un Estado miembro de la citada libertad fundamental garantizada por el Tratado […]." (FJ 92)

De todos modos, el Tribunal advirtió que:

"La obligación de superar un procedimiento de selección para acceder a un empleo en la función pública no puede calificarse, por sí sola, de un obstáculo en el sentido de la citada jurisprudencia." (FJ 96)

Así, según el Tribunal:

"[...] en la medida en que el acceso a cualquier nuevo empleo, en principio, exige someterse al procedimiento de selección previsto para dicho empleo, la obligación de superar un procedimiento de selección para acceder a un puesto en la función pública de un Estado miembro, como tal, no puede ser suficiente para disuadir a los candidatos que ya se han sometido a un procedimiento de selección similar en otro Estado miembro de ejercer su derecho a la libre circulación en su condición de trabajadores." (FJ 97)

Sin embargo, el Tribunal indicó que:

"[...] al exigir a nacionales de estados miembros ya cualificados en materia de gestión de hospitales en otro Estado miembro que se sometan a unas pruebas de acceso de este tipo, se les priva de la posibilidad de alegar sus méritos específicos en esta materia y, por tanto, se les coloca en una situación de desventaja; esta circunstancia puede disuadirles de ejercer su derecho a la libre circulación en su condición de trabajadores a efectos de solicitar un empleo en dicho ámbito en Francia." (FJ 100)

A ello el Tribunal añadió que dicha medida:

"[...] no constituye una medida necesaria para alcanzar el objetivo de seleccionar a los mejores candidatos en las condiciones lo más objetivas posibles." (FJ 105)

"En efecto, dichos nacionales están obligados, de este modo, a someterse a unas pruebas de acceso que tienen la finalidad, entre otras, de permitir que se siga una formación de la que, sin embargo, deberían quedar dispensados debido a la capacitación adquirida en otro Estado miembro." (FJ 106)

Además, el Tribunal constató la existencia de un "turno exterior", que permite a los funcionarios quedar dispensados de las pruebas de acceso a la ENSP, lo que demostraría que en dicho sistema era posible la existencia de otras modalidades de selección de personal.

Por ello el Tribunal consideró que:

"[...] que exigir la superación de las pruebas de acceso a la ENSP en un supuesto como el controvertido en el asunto principal va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de seleccionar a los mejores candidatos en las condiciones más objetivas posibles y, por tanto, no está justificado a la luz de lo dispuesto en el Tratado [...]." (FJ 110)

Y, en consecuencia, resolvió lo indicado en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Acerca del concepto de profesión, ver las siguientes sentencias: STJCE Fernández de Bobadilla, apartado 14; STJCE de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, Rec. p. 153, apartado 5.

Declarando que constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por parte de un nacional de un Estado miembro de la citada libertad fundamental, ver la siguiente sentencia: STJCE de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Medidas comunitarias mínimas contra la lucha de determinadas enfermedades de los peces. Sacrificio de peces sin indemnización. Vulneración del derecho de propiedad

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados C-20/00 y 64/00
FECHA: 10 de julio de 2003
PONENTE: Sr. J. Mischo
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 93/53/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1993, por la que se establecen medidas comunitarias mínimas de lucha contra determinadas enfermedades de los peces, y Directiva 91/67/CEE del Consejo, de 28 de enero de 1991, relativa a las condiciones de policía sanitaria aplicables a la puesta en el mercado de animales y de productos de la acuicultura, modificada por la Directiva 93/54/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1993
DOCTRINA: Medidas comunitarias mínimas contra la lucha de determinadas enfermedades de los peces. Sacrificio de peces sin indemnización. Vulneración del derecho de propiedad (45, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 68, 69, 77, 78, 80, 85 y 93)

SUPUESTO DE HECHO

La Court of Session (Scotland) planteó, con arreglo al artículo 234 de la CE, varias cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación de los principios de Derecho comunitario relativos a la protección de los derechos fundamentales, en particular, del derecho de propiedad, así como sobre la validez de la Directiva 93/53/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1993, por la que se establecen medidas comunitarias mínimas de lucha contra determinadas enfermedades de los peces.

El Tribunal acordó la acumulación de los asuntos.

Asunto C-20/00

La sociedad MSL había tomado en alquiler un criadero de rodaballos en una isla del Reino Unido. Al mismo tiempo había comprado un grupo de peces nacidos en 1991 y 1993. Posteriormente introdujo en el criadero un grupo de rodaballos nacidos en 1994. En esa época, la explotación estaba ubicada en una zona autorizada en los términos de la Directiva 91/67/CEE del Consejo, de 28 de enero de 1991, relativa a las condiciones de policía sanitaria aplicables a la puesta en el mercado de animales y de productos de la acuicultura, modificada por la Directiva 93/54/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1993.

En agosto de 1994, con motivo de la existencia de un foco de SHV, el Secretary of State for Scotland notificó a MSL una orden cuyo artículo 4 disponía que se daría muerte a todos los peces y sus cadáveres serían destruidos de acuerdo con la Directiva 90/667/CEE, teniendo en cuenta que los cadáveres o restos de estos peces serían eliminados de la manera o en el lugar que previamente haya aprobado el Secretary of State (artículo 4 de la orden).

El artículo 5 de la orden por la que se aprobó la medida mencionada preveía que se podrían sacrificarse con la finalidad de ser comercializados o transformados para el consumo humano los peces que, a la fecha de la mencionada orden, hubieran alcanzado una talla comercial.

Como quiera que los peces nacidos en 1993 y 1994 no habían alcanzado la edad comercial, fueron éstos sacrificados de acuerdo con el artículo 4.

Debido a este foco de SHV, la Decisión 92/538 fue modificada mediante la Decisión 94/817/CE de la Comisión, de 15 de diciembre de 1994 (DO L 337, p. 88), con objeto de redefinir las zonas autorizadas por lo que respecta a la SHV, incluyendo en ellos "el territorio de Gran Bretaña salvo el territorio de la isla de Gigha".

MSL reclamó al Secretary of State una indemnización por las pérdidas supuestamente sufridas por el sacrificio y destrucción de los peces nacidos en 1993 y 1994, así como por el sacrificio y la comercialización prematuros y forzosos de los peces nacidos en 1991. En mayo de 1996, el Secretary of State comunicó a la demandante en el procedimiento principal que estimaba que no tenía derecho a una indemnización y que, además, sería improcedente que recibiera una indemnización graciosa, debido a que el Gobierno seguía la firme política de no conceder indemnizaciones a los destinatarios de medidas adoptadas para luchar contra las enfermedades de los peces.

MSL impugnó la mencionada orden y el reglamento en cuya virtud se había adoptado la misma, ante el órgano judicial correspondiente, que estimó que el Secretary of State había actuado ilícitamente. Éste recurrió la resolución. El Tribunal consideró que la resolución del litigio principal dependía de una interpretación de Derecho comunitario, por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear varias cuestiones prejudiciales.

Asunto C-64/00

Las explotaciones dedicadas a la cría de salmón de HS se vieron afectadas por varias órdenes ministeriales del Secretary of State que ordenaban la destrucción de las especies existentes de peces que no hubieran alcanzado aún la talla comercial, así como la comercialización de las existencias que hubieran alcanzado dicha talla.

HS pidió al Secretary of State una indemnización por las pérdidas sufridas por la medida. Tras la negativa del Secretary of State, HS inició un procedimiento para someter la decisión a control jurisdiccional.

El órgano judicial consideró que el litigio principal suscitaba cuestiones análogas pero no idénticas a las planteadas al Tribunal de Justicia en el asunto C-20/00, la Court of Session (Scotland), por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Sobre las cuestiones prejuduciales primera y segunda en los asuntos C-20/00 y C-64/00 y sobre la cuarta cuestión en el asunto C-64/00

Las mencionadas cuestiones tenían el siguiente objeto:

"[...] que se aclare, por un lado, si la Directiva 93/53, en la medida en que impone medidas mínimas de lucha contra las enfermedades de la lista I, es inválida por vulnerar el derecho fundamental de propiedad y, por otro lado, si las medidas adoptadas por un Estado miembro contra las enfermedades de las listas I y II, con ocasión de la aplicación de dicha directiva, son incompatibles con el referido derecho, por cuanto ni esta directiva ni las medidas nacionales adoptadas para su aplicación prevén que se conceda una indemnización a los propietarios afectados." (FJ 45)

Sobre dicha cuestión, el Tribunal indicó que "Al adoptar la Directiva 93/53, el legislador comunitario definió las medidas de carácter sanitario y profiláctico que los estados miembros han de adoptar para prevenir y eliminar determinadas enfermedades de los peces en su territorio", señalando que "[...] ni del sistema ni del texto de la Directiva 93/53 se desprende un derecho a indemnización en favor de los propietarios cuyos peces hayan sido destruidos o sacrificados a consecuencia de la aplicación de estas medidas". (FJ 58)

Al respecto, el Tribunal indicó que:

"[...] el artículo 17 de la Directiva 93/53 dispone que las condiciones de participación financiera de la Comunidad en las acciones relacionadas con la aplicación de esta directiva están definidas en la Decisión 90/424. Esta última establece una ayuda financiera de la Comunidad a los estados miembros que hayan efectuado gastos para indemnizar a los propietarios cuyos animales hayan sido sacrificados o destruidos con vistas a combatir determinadas enfermedades, ya en el marco de intervenciones de urgencia o bien de programas de erradicación y de vigilancia." (FJ 60)

"No obstante, la lista que figura en el artículo 3, apartado 1, de la Decisión 90/424, que enumera las enfermedades a las que atañen las intervenciones de urgencia, no menciona ninguna enfermedad de los peces." (FJ 61)

[...]

"Por su parte, la acción financiera de la Comunidad para la erradicación y la vigilancia de enfermedades prevista en el artículo 24 de la Decisión 90/424 sólo puede referirse a las enfermedades mencionadas en la lista que figura en el anexo de la referida decisión. La única enfermedad de los peces que se recoge en esta lista, desde la entrada en vigor de la Decisión 94/370, es la necrosis hematopoyética infecciosa." (FJ 63)

Lo anterior llevaba al Tribunal a comprobar si "en ausencia de una indemnización para los propietarios afectados, la Directiva 93/53 es compatible con el derecho fundamental de propiedad". (FJ 64)

Llegado a este punto, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales, indicando que éstos "[...] forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, este último se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros". (FJ 65)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que los mismos "[...] no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad". (FJ 68)

De modo que, según el Tribunal, se podían imponer restricciones a los mismos.

Así las cosas, el Tribunal señaló que "La compatibilidad del régimen controvertido en los procedimientos principales con las exigencias derivadas de la protección del derecho fundamental de propiedad ha de analizarse a la luz de estos criterios". (FJ 69)

Entrando en el análisis de la Directiva 93/53 y la Directiva 91/67, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[La Directiva 91/67] pretende alcanzar, [...] un doble objetivo que consiste, por un lado, en garantizar, mediante la realización del mercado interior, el desarrollo racional del sector de la acuicultura y aumentar su productividad y, por otro lado, en establecer en el ámbito comunitario las normas de policía sanitaria que regulan dicho sector." (FJ 73)

Por su parte, "[La Directiva 93/53] cumple también una doble función. Por un lado, ha de permitir que se adopten medidas de lucha desde el instante en que surjan sospechas de la presencia en una explotación de una enfermedad de las listas I y II, para que pueda emprenderse una acción inmediata y eficaz en el mismo momento en que la existencia de la enfermedad quede confirmada. Por otro lado, considerando que los brotes de tales enfermedades pueden extenderse rápidamente y adquirir proporciones epizoóticas, provocando la muerte de una gran cantidad de peces y trastornos tales que pueden mermar gravemente la rentabilidad de la acuicultura, dicha directiva tiene por objeto prevenir la propagación de la enfermedad, en particular mediante un control riguroso del movimiento de peces y productos que puedan propagar la infección." (FJ 77)

"Por consiguiente, –indicó el Tribunal– las medidas que impone esta directiva responden efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad." (FJ 78)

Por tanto, el Tribunal negó que las restricciones impuestas al derecho de propiedad derivadas por esta directiva constituyeran "una intervención desmesurada e intolerable que lesiona la propia esencia del derecho de propiedad", dada la finalidad perseguida con las medidas establecidas. Además, en cuanto a sus efectos, el Tribunal indicó que "producen el efecto, no de privar a los propietarios de las explotaciones de acuicultura del uso de éstas, sino de permitirles continuar ejerciendo su actividad en ellas". (FJ 80)

Asimismo, el Tribunal advirtió de la existencia de riesgos inherentes a la actividad, indicando que en cualquier momento se puede declarar la enfermedad de los peces.

Finalmente, el Tribunal aclaró lo siguiente:

"[...] el legislador comunitario puede considerar, en el marco de la amplia facultad de apreciación que ostenta en materia de política agrícola [...] que procede indemnizar, parcial o totalmente, a los propietarios de las explotaciones en las que se destruyan o sacrifiquen animales. Sin embargo, de esta apreciación no cabe deducir que exista en Derecho comunitario un principio general que obligue a conceder una indemnización en todas las circunstancias." (FJ 85)

Lo expuesto llevó al Tribunal a la conclusión de que las medidas a las que se ha hecho alusión no suponían una vulneración del derecho de propiedad (FJ 93).

Sobre la tercera cuestión en los asuntos C-20/00 y C-64/00

Mediante la tercera cuestión planteada, el órgano jurisdiccional preguntaba lo siguiente:

"[...] si la apreciación de la compatibilidad con el derecho fundamental de propiedad de las medidas adoptadas por un Estado miembro con objeto de combatir las enfermedades de las listas I y II, en el marco de la aplicación de la Directiva 93/53, puede variar según que el brote de la enfermedad se deba o no a un comportamiento culposo del propietario de los peces." (FJ 94)

Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] el hecho de que el brote de la enfermedad se deba o no a un comportamiento culposo del propietario de los peces, es irrelevante a efectos de valorar la compatibilidad con el derecho fundamental de propiedad de las medidas impuestas por un Estado miembro con objeto de combatir las enfermedades de las listas I y II en el marco de la aplicación de la Directiva 93/53." (FJ 95)

A la vista de todo lo expuesto, el Tribunal resolvió en los siguientes términos:

"1) El examen de la cuarta cuestión prejudicial en el asunto C-64/00 no ha revelado elementos que puedan afectar a la validez de la Directiva 93/53/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1993, por la que se establecen medidas comunitarias mínimas de lucha contra determinadas enfermedades de los peces, en la parte en que ésta impone medidas mínimas de lucha contra las enfermedades de la lista I del anexo A de la Directiva 91/67/CEE del Consejo, de 28 de enero de 1991, relativa a las condiciones de policía sanitaria aplicables a la puesta en el mercado de animales y de productos de la acuicultura, en su versión modificada por la Directiva 93/54/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1993, sin disponer que se conceda una indemnización a los propietarios afectados por dichas medidas.

"2) Las medidas de destrucción y de sacrificio inmediatos de peces aplicadas por un Estado miembro con objeto de combatir las enfermedades de las listas I y II del referido anexo en el marco de la aplicación de la Directiva 93/53, idénticas y análogas, respectivamente, a las medidas mínimas que la Comunidad ha impuesto para las enfermedades de la lista I y que no prevén

la concesión de una indemnización, no son, en circunstancias como las de los asuntos principales, incompatibles con el derecho fundamental de propiedad.

"3) El hecho de que, en circunstancias como las de los asuntos principales, el brote de la enfermedad se deba o no a un comportamiento culposo del propietario de los peces, es irrelevante a efectos de valorar la compatibilidad con el derecho fundamental de propiedad de las medidas impuestas por un Estado miembro con objeto de combatir las enfermedades de las listas I y II del referido anexo en el marco de la aplicación de la Directiva 93/53."

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el papel de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho, ver las siguientes sentencias: STJCEE de 13 de diciembre de 1979, Hauer, 44/79, Rec. p. 3727, apartado 15); STJCEE de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, apartado 37, y STJCEE de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, apartado 25.

Sobre la posibilidad de imponer límites a los derechos fundamentales, ver las siguientes sentencias: STJCEE de 13 de julio de 1989, Wachauf, 5/88, Rec. p. 2609, apartado 18; STJCEE de 10 de enero de 1992, Kühn, C-177/90, Rec. p. I-35, apartado 16, y de 15 de abril de 1997, Irish Farmers Association y otros, C-22/94, Rec. p. I-1809, apartado 27.

Sobre la posibilidad de indemnizar parcial o totalmente, a los propietarios de las explotaciones en las que se destruyan o sacrifiquen animales, ver la siguiente sentencia: STJCEE de 6 de abril de 1995, Flip y Verdegem, C-315/93, Rec. p. I-913, apartado 26.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Solicitud de cierre de una discoteca por los ruidos y vibraciones procedentes de la misma y responsabilidad patrimonial de la Administración por vulneración de derechos fundamentales. Derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio

SUPUESTO DE HECHO

Un vecino de Sevilla solicitó a su ayuntamiento el cierre inmediato de una discoteca, con motivo del ruido y vibraciones emanados de la misma, y la responsabilidad patrimonial a la Administración por vulneración de derechos fundamentales, con petición de pago de una indemnización de 3.003.500 pesetas. La solicitud fue desestimada por silencio negativo. Contra la misma, el vecino interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales de la persona. El recurrente alegó la vulneración de su derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE), el derecho a la libertad y seguridad (artículo 15 de la CE), el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18 de la CE) y el derecho a elegir libremente su residencia (artículo 19).

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso, invocando al respecto que no era la Administración quien vulneraba los derechos del recurrente sino el titular de la discoteca, indicando que la cuestión relativa a la adopción de determinadas medidas administrativas "Queda al margen de este proceso especial, cuyo conocimiento debe circunscribirse a la protección de los derechos fundamentales frente a los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo (artículo 6 de la Ley 62/1978)".

Tras ello, el vecino interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal mostró su desacuerdo con los planteamientos del tribunal de instancia, por considerarlos contrarios a la jurisprudencia reciente sobre la protección que ha de dispensarse con fundamento en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que tiene como uno de sus elementos más significativos el de "tutelar el espacio físico domiciliario frente a los atentados medioambientales que dificulten gravemente su normal disfrute". (FJ 4)

En relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal, siguiendo los planteamientos del Tribunal Constitucional, añadió a lo anterior que:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 7877/1999
FECHA: 29 de mayo de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Sevilla
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 18 de la CE
DOCTRINA: Solicitud de cierre de una discoteca por los ruidos y vibraciones procedentes de la misma y responsabilidad patrimonial de la Administración por vulneración de derechos fundamentales. Derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (FJ 4 y 7)

"[...] este derecho fundamental ha adquirido una dimensión positiva, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad." (FJ 4)

Asimismo, éste declaró que:

"[...] habida cuenta que el texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar la protección del derecho fundamental de que se viene hablando no sólo frente a las injerencias de terceras personas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada." (FJ 4)

Por su parte, éste indicó que:

"[...] ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio." (FJ 4)

Así, en el caso de una exposición a determinados niveles de ruido, el Tribunal consideró que:

"[...] debe merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la vida personal y familiar, en el ámbito domiciliario, una exposición prolongada a determinados niveles de ruido que

puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida." (FJ 4)

Sentado lo anterior, el Tribunal pasó a analizar si los hechos acontecidos se podían considerar lesivos para el medio ambiente y si era posible reprochar al Ayuntamiento de Sevilla cierta pasividad por no haber adoptado las medidas pertinentes.

Al respecto, el Tribunal consideró probado que la contaminación acústica producida por los ruidos y vibraciones de la discoteca había afectado gravemente al domicilio del demandante.

En cuanto a la actitud del Ayuntamiento, el Tribunal declaró que:

"La pasividad municipal [...] es reprochable al Ayuntamiento de Sevilla, por cuanto supone una dejación de la competencia y responsabilidad que en materia de medio ambiente es asignada a los ayuntamientos en la normativa estatal". (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal acordó estimar el recurso, por haber vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE), anulando la sentencia recurrida y condenando al Ayuntamiento a que mantuviera la clausura o cierre de la actividad de la discoteca en tanto no se comprobara por los técnicos municipales que éste disponía de medios suficientes para impedir la afectación de ruidos y vibraciones a las viviendas propias y colindantes. Asimismo, se condenó a la Administración demandada a indemnizar al demandante con el importe de 1.410.500 ptas. por los daños sufridos como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental. Las costas fueron impuestas al Ayuntamiento.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre el derecho a la intimidad, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cantabria de 28 de marzo.

Declarando que uno de los elementos del derecho a la inviolabilidad del domicilio es el tutelar un espacio físico domiciliario frente a atentados medioambientales que dificulten gravemente su normal disfrute, ver las siguientes sentencias: STC de 10 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/4920); STC 119/2001, de 24 de mayo (Aranzadi 2001/119); STEDH de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990/4) (caso Powel y Rayner contra el Reino Unido); STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3) (caso López Ostra contra el Reino de España), y STEDH de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2) (caso Guerra y otros contra Italia).

Tribunal Supremo. Declaración de utilidad pública de las obras de ampliación del cementerio de una fundación privada a efectos de la expropiación de los bienes necesarios, y la urgente ocupación de los mismos. Posibilidad de que las fundaciones privadas beneficiarias de una expropiación suscriban préstamos para pagar el justiprecio de los terrenos objeto de la expropiación.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de Casación núm. 10189/1989
FECHA: 2 de junio de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. Francisco González Navarro
DEMANDANTE: Particulares
DEMANDADO: Generalidad de Cataluña
CODEMANDADO: Fundación privada
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 34 de la CE; artículos 1 y 2 de la Ley de 17 de julio de 1945, de expropiación forzosa para instituciones privadas de interés público, y artículos 22 y 22.3 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de 2001, de fundaciones
DOCTRINA: Declaración de utilidad pública de las obras de ampliación del cementerio de una fundación privada a efectos de la expropiación de los bienes necesarios, y la urgente ocupación de los mismos. Posibilidad de que las fundaciones privadas beneficiarias de una expropiación suscriban préstamos para pagar el justiprecio de los terrenos objeto de la expropiación (FJ 2 y 4)

SUPUESTO DE HECHO

Un decreto de la Generalidad de Cataluña declaró de utilidad pública las obras de ampliación del cementerio de una fundación privada a efectos de la expropiación de los bienes necesarios al efecto, así como la urgente ocupación de los mismos. Los titulares de los bienes expropiados interpusieron recurso de reposición, que fue desestimado. Contra dicha resolución, éstos interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró nulos el decreto y la expropiación, condenando a la Administración expropiante y a la fundación beneficiaria a que, de forma solidaria, indemnizasen a los recurrentes, desestimando las demás pretensiones.

Tras ello, los titulares, la fundación beneficiaria de la expropiación y la Generalidad de Cataluña interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, siendo estimado el recurso planteado por la beneficiaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Alegaciones de la fundación beneficiaria. Posibilidad de que las fundaciones reciban préstamos para pagar, en calidad de beneficiarias, el justiprecio de unos terrenos necesarios para sus fines

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo centró el objeto de análisis, consistente en determinar "si concurren o no los requisitos que exige la Ley (estatal) de 17 de julio de 1945, de expropiación forzosa para instituciones privadas de interés público, para obtener la declaración de utilidad pública de las obras que realicen con cargo a sus fondos para la instalación, ampliación o mejora de los servicios propios de su finalidad". (FJ 2)

Al respecto, el tribunal de instancia había entendido que faltaba el elemento relativo a que las obras se realizaran "con cargo a sus fondos", fondos que, como declaró el tribunal de instancia, tenían que ser "capital de la entidad, cuotas de protectores o suscriptores o suscripciones voluntarias". En cualquier caso, según el tribunal de instancia, quedaban excluidos "[el] endeudamiento y [el] recurso a la financiación externa, ya sea mediante préstamos directos o por la utilización de pólizas de créditos". Por ello declaró la nulidad del decreto, ordenando la pertinente indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la ilegal privación de la propiedad.

De modos que el debate de centraba en determinar si las fundaciones privadas pueden pedir un préstamo para pagar, en posición jurídica de beneficiarias de la expropiación, el justiprecio de unos terrenos que son necesarios para sus fines.

La fundación recurrente consideraba que la interpretación hecha por el tribunal de instancia era contraria a los artículos 3.1 y 1753 del Código civil. El artículo 3.1 dispone que "Las normas se interpretarán según [...] la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [...]". (FJ 4)

Atendiendo a dicho elemento, el Tribunal Supremo consideró que el tribunal de instancia había hecho una interpretación demasiado restrictiva de la normativa relativa a fundaciones, indicando al respecto que "la realidad social de los tiempos que vivimos no se compadece con esa restrictiva interpretación". (FJ 4)

Antes de entrar en el análisis de dicha normativa, el Tribunal recordó que, de acuerdo con el artículo 34 de la CE, "las fundaciones se crean para servir un interés general –clarísimo [...], en el caso de la fundación que nos ocupa", pues "el cementerio que constituye el objeto de su actividad es –o lo era, al menos, en el momento del pleito– el único cementerio de esa ciudad". (FJ 4)

En cuanto a la normativa a la que había que atenerse para interpretar la norma mencionada, el Tribunal indicó lo siguiente:

"[...] la [Ley] 5/2001, de dos de mayo, [...] permite a las fundaciones constituir sociedades o participaciones en el capital de sociedades que limiten la responsabilidad de los socios, siempre que esa participación sea compatible con las finalidades fundacionales (artículo 35), llevar a cabo directamente explotaciones económicas, si el ejercicio de la actividad constituye por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional (artículo 35), y realizar actos de adjudicación, de enajenación, de gravamen y, en general, de disposiciones sobre bienes inmuebles, establecimientos o bienes muebles que, en conjunto o, individualmente, comporten más de una décima parte del activo de la fundación (artículo 22.3, letra e), constituir otra persona jurídica, aumentar o disminuir la dotación, incluso la cesión global de todos o de parte de los activos (artículo 22.3, letra f)."

[...]

"[...] el Reglamento de las fundaciones de competencia estatal aprobado por Real decreto 316/1996, de 23 de febrero [...], permite incluso –obviamente–, con intervención del patronato, la constitución de préstamos hipotecarios." (FJ 4)

[...]

"Análoga orientación marca la actual Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, la cual ha derogado a la Ley 30/1994, cuyo contenido ha pasado a integrar dos leyes distintas: la citada de fundaciones, del 2002 y la Ley 49/2002, de régimen jurídico de entidades con fines lucrativos. Pues bien, esa nueva ley de fundaciones deroga las disposiciones anteriores en lo que se opongan a ella, (por eso, y porque no se ha dictado el que haya de desarrollar la nueva ley, el Reglamento de 1994 continúa en vigor en la parte que hemos citado) y establece que las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias (*sic*) de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia; pudiendo incluso intervenir en cualquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades (con ciertas limitaciones que no es del caso reproducir pues no afectan al problema que nos ocupa) (artículo 24); podrán asimismo, obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios (artículo 26)." (FJ 4)

Lo dispuesto por la normativa descrita llevaba al Tribunal a siguiente conclusión:

"Desde este miradero [...] la vieja Ley de 17 de julio de 1945, se ve también con ojos nuevos, y aquellas palabras que contiene su exposición de motivos [...] sobre 'la conveniencia de alentar la realización de obras de interés social proyectadas por entidades privadas con cargo a sus propios recursos económicos' y sobre la procedencia de concederles las mismas prerrogativas establecidas en favor de las que se ejecutan con fondos públicos, en orden a la declaración de utilidad pública y subsiguiente facultad de expropiación forzosa, cobran una fuerza expansiva que no sólo permite sino que conmina al operador jurídico a situarla en la realidad social en que nos hallamos." (FJ 4)

De modo que, según el Tribunal:

"La legislación de fundaciones marcha con toda evidencia en una dirección muy diferente de la que pudo orientar al legislador en la primera década del siglo XX, y que, además, está descrita con la misma claridad en la exposición de motivos de esta última Ley 50/2002, de fundaciones, donde se dice, por ejemplo, que la ley precedente [...] 'puso fin a un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto (algunas de sus normas databan de mediados del siglo XIX), fragmentario, incompleto y aun contradictorio, satisfaciendo las legítimas demandas y aspiraciones claramente planteadas por el sector, y adaptando, en suma, esta normativa a las exigencias del nuevo orden constitucional [...]', precisión esta última que prueba que hacer una interpretación 'conforme a la realidad social' es, no sólo posible, sino necesaria." (FJ 4)

Por lo expuesto, el Tribunal resolvió anular la sentencia impugnada.

La Administración expropiante formuló sus alegaciones en el mismo sentido, por lo que el Tribunal dio por reproducidos en ese sentido los motivos expuestos.

Alegaciones formuladas por los expropiados

Los titulares expropiados alegaban que la fundación beneficiaria carecía de título para llevar a cabo la actividad de cementerio, por cuanto "los servicios mortuorios son competencia municipal que ha de prestarse en régimen de monopolio [artículos 25.2 j) y 86.3 de la LBRL, 26.1.a) y 86.3 de la LBRL] en la redacción que tenía al tiempo de la expropiación".

Al respecto, el Tribunal señaló que

"[...] basta la mera lectura del artículo 25.2, letra j) para comprobar que lo que dice el precepto es que los municipios tienen 'competencias (en plural), en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas', lo cual no quiere decir que tengan una competencia total, absoluta, ni mucho menos excluyente de una presencia privada en esas materias que el precepto enumera [...]". Y que todo esto es como decimos se confirma leyendo, por ejemplo, el artículo 55 del Reglamento de policía sanitaria mortuoria de Cantabria (Decreto 1/1994, de 18 de enero): 'Podrán establecerse cementerios públicos y privados, siempre que reúnan los requisitos y autorizaciones establecidos en este Reglamento'."

Por ello el Tribunal consideró que había que desestimar el motivo invocado.

En consecuencia, el Tribunal estimó los recursos interpuestos por la fundación beneficiaria y la Generalidad de Cataluña, anulando la sentencia impugnada y dejándola sin valor a efecto alguno, y desestimó el recurso interpuesto por los titulares expropiados.

En cuanto a las costas, condenó a los propietarios al pago de las de su recurso de casación. En los otros recursos, cada parte debería pagar las suyas.

Tribunal Supremo. Altercados producidos tras el intento de un grupo de mujeres de participar en una celebración tradicionalmente reservada a hombres. Actuación policial impide su participación. Principio de igualdad. Derecho de reunión y manifestación

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 3163/2000
FECHA: 2 de junio de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
DEMANDANTE: Asociación de mujeres
DEMANDADO: Gobierno Vasco
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 14 y 21 de la CE
DOCTRINA: Altercados producidos tras el intento de un grupo de mujeres de participar en una celebración tradicionalmente reservada a hombres. Actuación policial impide su participación. Principio de igualdad. Derecho de reunión y manifestación (FJ 2, 3, 4 y 6)

SUPUESTO DE HECHO

En septiembre de 1998, el intento de un grupo de mujeres de participar en el Alarde provocó diversos incidentes, al oponerse a este propósito otras personas. Ello dio lugar a forcejeos e insultos en un clima de gran tensión. El Alarde es un acto cívico-religioso conmemorativo de los hechos de armas del 7 de septiembre de 1638, cuando los defensores de Hondarrabia consiguieron levantar el sitio a que habían estado sometidos por las tropas francesas, en el que, a grandes rasgos, escuadrones formados por íntegramente hombres desfilan uniformados y con armas. La participación de las mujeres se reduce al papel de cantineras.

El Alarde de ese año fue organizado acogiéndose a las normas reguladoras del derecho de reunión y manifestación, sin que constara la participación del Ayuntamiento de Hondarrabia.

Ante las circunstancias descritas, la Ertzaintza (policía dependiente del Departamento de Interior del Gobierno Vasco) formó un cordón para separar los grupos enfrentados, impidiendo la incorporación del grupo de mujeres, que acabó retirándose.

Tras ello, la asociación JM interpuso recurso contencioso administrativo, por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, alegando que la actuación policial había supuesto una vulneración del principio de igualdad y de su derecho de reunión y manifestación.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó parcialmente el recurso (únicamente en cuanto a la vulneración del principio de igualdad).

El Gobierno Vasco recurrió en casación la mencionada resolución, siendo su recurso estimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo recordó que ya se había pronunciado acerca de la mencionada festividad en relación con la posible vulneración del principio de igualdad de la limitación de la participación de las mujeres en calidad de cantineras. Al respecto, éste había admitido la existencia de una discriminación por razón de sexo, declarando que:

" [...] tratándose, no tanto de una rememoración histórica fielmente apegada a los hechos, cuanto de un acto folklórico y festivo y, habida cuenta de que lo impugnado en la instancia eran actos de los respectivos ayuntamientos [...] que rechazaron las pretensiones de las mujeres de asumir en esas celebraciones el mismo papel que los hombres, debía otorgárseles a éstas el amparo que solicitaron. Entonces, ante la vinculación eficiente que se apreció entre el Alarde y las corporaciones municipales, la sala de Bilbao y el Tribunal Supremo entendieron que era procedente esa solución desde el momento en que no cabe que, por un poder público, se incurra en discriminación por razón de sexo." (FJ 2)

Sin embargo, el Tribunal entendió que el caso enjuiciado, planteado el Alarde "como expresión del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación", lo que se ponía en tela de juicio era la actuación policial que había impedido la participación de las mujeres en el mismo.

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar si se podía considerar la participación en el Alarde como una manifestación del derecho de reunión y manifestación.

Al respecto, la sala de instancia había declarado que:

"[...] aun no siendo éste un caso de derecho de reunión en sentido estricto, sin embargo, le son aplicables los criterios formados en torno a él a propósito de las potestades administrativas de intervención y de los límites que lo circunscriben."

Sentado lo anterior, y ligado con el principio de igualdad, el tribunal de instancia declaró que:

"[...] las recurrentes tenían derecho a desfilar en el Alarde ese día en virtud de la indicada facultad de participación cívica y de los artículos 14 y 9.3 de la Constitución y que no fueron ellas las agresoras, sino que, por el contrario, habían solicitado protección con anterioridad. También considera que la Ertzaintza, enfrentada al conflicto entre la seguridad y la participación cívica, debió buscar una solución que no frustrara el ejercicio de esa facultad. En concreto, afirma la sentencia"

En consecuencia, "la ponderación de intereses a la que se ve obligada la fuerza policial es análoga a la que ante el derecho de reunión se le plantearía, debiendo arbitrar proporcionalmente entre participación igualitaria y seguridad de personas y bienes [...]." (FJ 3)

Ello llevó al tribunal de instancia a concluir lo siguiente:

"La medidas [...] condujeron a excluir la participación de uno de los grupos, sobre la base exclusiva de consideraciones técnicas, puntuales e inmediatas de seguridad pública y el más pronto restablecimiento del orden externo en riesgo de alteración y [...] vinieron precedidas del completo desentendimiento hacia las demandas anticipadas de seguridad y protección que dicho colectivo social dirigía fundamentalmente y cuya implementación posibilitaba, al menos, el diseño de medidas y dispositivos restrictivos preestablecidos que armonizasen hasta donde fuese posible todas las facultades legítimas en presencia [por eso] incurren en una constitucionalmente ilegítima incidencia sobre el principio de no discriminación y conducen a la estimación del recurso." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco admitió la pretensión en cuanto a la vulneración del artículo 14 y la desestimó en cuanto al derecho fundamental de reunión.

El Gobierno Vasco discrepaba del parecer del tribunal de instancia al considerar que no se había producido una vulneración del artículo 14 de la CE. El recurrente consideraba que los organizadores del Alarde tenían derecho a llevarlo a cabo conforme a su propio criterio y que en ese caso habían hecho uso de su derecho de reunión "para reivindicar un modo de entenderlo: el tradicional". (FJ 4)

Así, según el recurrente, "el derecho a la igualdad que puede reivindicar la asociación [JM] no se concreta en la adhesión al

'Alarde' que se celebraba a instancia de la asociación [AF], sino en la posibilidad de celebrar su propio 'Alarde' y este derecho a la igualdad no ha sido vulnerado". (FJ 4)

Tras ello, el recurrente, apelando a la seguridad, concluyó que:

"[...] tampoco lesionó ese derecho pues, ante una situación de enfrentamiento que requiere una intervención urgente, es la seguridad pública lo que debe de tener presente la policía a la hora de actuar. Era la seguridad lo prioritario y no la realización de la igualdad, la cual podría tener lugar posteriormente, mientras que aquélla debía ser restablecida de modo inmediato. De ahí que la respuesta de la Ertzaintza fuese adecuada y proporcionada y no incurriera en vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, pues 'las opciones que repasa el tribunal *a quo* (disolver la manifestación, procurar un sitio en la misma para los que intentaban integrarse en ella, etc.) reunían una alta potencialidad de aumentar la tensión y, por ende, agravar la situación de riesgo para la seguridad pública'." (FJ 4)

El Tribunal Supremo estuvo de acuerdo con el recurrente en que los organizadores del Alarde lo habían hecho en ejercicio de su derecho de reunión y asociación, pues consideraba que se daban los elementos que según la jurisprudencia constitucional identifican el derecho de reunión. Acerca de los elementos del derecho de reunión, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] cuando se ejercita en lugares de tránsito público es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración– [...]." (FJ 6)

El Tribunal también dio la razón al recurrente al declarar lo siguiente en relación con el objeto del litigio:

"[...] no es la igualdad ni la forma en que se organizaron los actos [...] la cuestión central de este litigio. Lo que se debate es la actuación de las fuerzas de la Ertzaintza ante una situación de claro riesgo para la seguridad pública que, como se ha dicho antes, se produjo cuando la compañía [...] intentó incorporarse al Alarde organizado [...], riesgo que se concretó en forcejeos, insultos y tensión y que fue conjurado estableciendo un cordón que separó a esa compañía del resto de las personas que se hallaban en el lugar de los hechos hasta la retirada de aquélla."

Finalmente, en relación con la posible vulneración del principio de igualdad, el Tribunal declaró que:

"En cualquier caso, no cabe entender que la actuación policial lesionara el derecho de las mujeres a no ser discriminadas [...]. En definitiva, la intervención policial [...] ni pretendía discriminar a las mujeres ni produjo por sí misma ese resultado, simplemente se encaminó a conjurar los riesgos existentes con medidas que se revelaron idóneas a tal fin evitando enfrentamientos entre los vecinos." (FJ 6)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho de reunión, ver las siguientes sentencias: STC 42/2000 (Aranzadi 2000/42); STC 85/1988, de 28 de abril (Aranzadi 1988/85) (FJ 2), y STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 3).

Sobre el Alarde, de la misma sala y sección, ver las siguientes sentencias: STS de 13 de septiembre de 2002, casación 2239/1998 (Aranzadi 2002/10198), y STS de 19 de septiembre de 2002, casación 2241/1998 (Aranzadi 2002/9110).

Tribunal Supremo. Aprobación en sesión ordinaria del Pleno municipal de un convenio de planeamiento sin que conste en el orden del día ni se haya tramitado el correspondiente expediente. Impugnación de acuerdos de las corporaciones locales

SUPUESTO DE HECHO

Una entidad constructora suscribió un convenio con el Ayuntamiento de Marbella por el que se acordaron que aquél cedía a ésta determinados terrenos para edificar una vez que la entidad construyese y entregase al Ayuntamiento de Marbella una estación terminal de autobuses, el viario de conexión y un estacionamiento para usuarios de la referida estación y de un centro comercial, permitiendo a la empresa constructora su explotación en régimen de concesión.

El Pleno del Ayuntamiento de Marbella ratificó dicho convenio en sesión ordinaria y como asunto urgente, sin que fuera incluido previamente en el orden del día correspondiente y sin el previo dictamen de la Comisión Informativa correspondiente. Contra el mismo, varios concejales de la oposición interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimó parcialmente el recurso y declaró la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado.

El tribunal de instancia reconoció el derecho de los concejales a conocer los asuntos señalados en el orden del día con una antelación mínima de dos días hábiles "[...] sin que puedan tratarse más asuntos que los fijados en el mismo, salvo en casos de urgencia, [...] sin que se puedan incluir en el orden del día asuntos que no hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la Comisión Informativa que corresponda, salvo su inclusión por el alcalde por razones de urgencia debidamente motivada, con la posterior ratificación del Pleno [...]".

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2980/2000
FECHA: 8 de mayo de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate
DEMANDANTE: Concejales del Ayuntamiento de Marbella
DEMANDADO: Ayuntamiento de Marbella
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3, 23 y 103.1 de la CE; artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y artículos 82.3 y 91.4 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real decreto 2568/1986
DOCTRINA: Aprobación en sesión ordinaria del Pleno municipal de un convenio de planeamiento sin que conste en el orden del día ni se haya tramitado el correspondiente expediente. Impugnación de acuerdos de las corporaciones locales (FJ 4 y 5)

Asimismo, el tribunal destacó el derecho de los concejales a "examinar toda la documentación de los asuntos incluidos en el

orden del día que debe servir de base al debate y, en su caso, votación, documentación que deberá estar a su disposición desde el mismo día de la convocatoria en la Secretaría de la corporación".

En relación con el convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la constructora, el tribunal reconoció la complejidad del mismo y lo definió como convenio de planeamiento. En palabras del tribunal de instancia, éstos son "una manifestación de una actuación convencional frecuente en las administraciones públicas, que tiene por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor, siendo una figura que, aunque ostenta naturaleza negocial, su causa reside más en fijar la extensión y régimen de ejecución de una determinación futura del planeamiento, para el caso de que la misma llegue a concretarse por los procedimientos legalmente establecidos, que en el vínculo de contenido patrimonial típico de las figuras contractuales. Lo expuesto es compatible con la necesidad de que, si dicho convenio incorpora además otras figuras negociales para obtener la finalidad pretendida, deban sujetarse éstas a las especiales exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico para las mismas, como es el caso de la permuta que, aunque sometida a condición suspensiva, es generadora de obligaciones, exigibles cuando la condición se cumpla".

En cuanto a la técnica de la permuta como fórmula de enajenación de bienes inmuebles frente al sistema general de subasta pública, el tribunal de instancia se refirió al deber de tramitar un expediente que acreditara su necesidad. Sin embargo, en el caso enjuiciado sólo se había presentado un "raquítico" expediente administrativo compuesto de un "informe de valoración". De modo que, según el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, "Con este escueto denominado informe técnico de valoración no se satisfacen las exigencias legales de expediente administrativo tendente a acreditar la necesidad de la permuta y la equivalencia de valores".

Por ello el Tribunal concluyó que el acuerdo era nulo de pleno derecho "tanto porque lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, como porque se ha adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", estimando el recurso interpuesto.

La empresa constructora interpuso recurso de casación contra la dicha resolución, siendo éste desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente planteaba como uno de los motivos de casación el que la sala no hubiera "atendido a la motivación implícita de urgencia derivada de las actuaciones administrativas". El Tribunal Supremo consideró que había que desestimar dicho motivo, manifestándose en los siguientes términos:

"[...] en la sentencia recurrida se declara nulo de pleno derecho el acuerdo municipal impugnado porque el tratamiento y resolución de asuntos no incluidos en el orden del día requiere que el alcalde, al así decidirlo, motive debidamente que se examinen en la sesión, expresando las razones de la urgencia (artículo 82.3 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real decreto 2568/1986), aplicable también a los portavoces de los grupos políticos (artículo 91.4 del mismo reglamento), lo que la propia recurrente admite que no se hizo, aunque ahora apela a lo decidido por la mayoría y a que la urgencia se deduce del expediente administrativo, circunstancias ambas que no justifican la deliberación y adopción de acuerdos sobre un asunto no incluido en el orden del día sin expresar las razones de la urgencia, exigencia ésta impuesta por la conjunción de dos principios básicos de la actuación administrativa, cual son el de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución) y el de eficacia (artículo 103.1 de la propia Constitución)."

Asimismo, el recurrente alegaba la inaplicación indebida del artículo 23 de la Constitución, "al declarar que el procedimiento de urgencia, seguido para la aprobación del acuerdo impugnado, vulneró el derecho de participación en los asuntos públicos de los concejales recurrentes por no haberse justificado la urgencia, a pesar de que ésta se deduce del propio expediente administrativo".

Al respecto, el Tribunal indicó que

"[...] sólo cabe tratar en las sesiones del Ayuntamiento los asuntos incluidos en el orden del día, salvo que por razones de urgencia, debidamente justificada, se sometan a deliberación otros no incluidos en aquél." (FJ 4)

De suerte que, según el Tribunal, el tribunal *a quo* había interpretado y aplicado correctamente el precepto constitucional.

Finalmente, el recurrente alegaba la indebida aplicación del artículo 62.1 de la LRJPAC por parte de la sala, que había considerado que el acuerdo municipal se había adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, al no haberse justificado la necesidad de permuta.

Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

"La nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado, declarada en la sentencia recurrida, se deriva no sólo del insuficiente informe técnico para justificar el sistema de permuta, elegido para construir la estación terminal de autobuses, sino también y principalmente del uso indebido del procedimiento de urgencia, prescindiendo así absolutamente del previsto legalmente, que requiere la inclusión del asunto en el orden del día, y que habría permitido a los concejales examinar todos los antecedentes para emitir su voto, circunstancias ambas que han llevado, con todo acierto, al tribunal *a quo* ha entender que el acto impugnado está incurso en los vicios contemplados en los apartados a) y e) del artículo 62.1 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por haberse lesionado el derecho de la minoría a participar, a través de sus representantes libremente elegidos, en la implantación y gestión de un servicio público de su municipio mediante la elusión de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, razones todas determinantes de la improsperabilidad de este último motivo de casación." (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los convenios de planeamiento, ver la siguiente sentencia: STS de 15 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/1677).

Sobre el derecho garantizado por el artículo 23 de la CE, ver la siguiente sentencia: STS de 5 de mayo de 1995 (recurso de casación 2889/93) (Aranzadi 1996/3641).

Tribunal Supremo. Revocación de la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio. Cláusulas de precario. Precariedad de primer y segundo grado

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 8789/1997
FECHA: 8 de abril de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
DEMANDANTE: Compañía petrolera
DEMANDADO: Ayuntamiento de San Sebastián
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 10 del Real decreto ley de 28 de junio de 1927, y artículo 120 del Reglamento de bienes de las entidades locales
DOCTRINA: Revocación de la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio. Cláusulas de precario. Precariedad de primer y segundo grado (FJ 13, 14 y 15)

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de San Sebastián, previa revocación por razón de interés público de la autorización otorgada por la misma para su ocupación, acordó el desahucio de una compañía petrolera de unos terrenos de dominio público ocupados por una estación de servicio. Contra dicha resolución, la compañía mencionada interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por silencio administrativo.

Tras ello, la compañía interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El Tribunal declaró la disconformidad a derecho del acto impugnado y lo anulaba, fundándose en que en virtud de lo establecido por el artículo 10 del Real decreto de 28 de junio de 1927, la compañía petrolera se había hecho cargo de los surtidores que hasta entonces existían para la distribución de productos petrolíferos en régimen de monopolio, y con ello había adquirido un derecho indefinido de uso en régimen de concesión del suelo de dominio público en que se asentaban las instalaciones de venta de carburantes.

Contra dicha resolución, el Ayuntamiento de San Sebastián interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente, entre otros motivos, alegaba lo siguiente:

"[...] la infracción de la norma reglamentaria que regula el desahucio administrativo por entender que la condición en que la compañía ocupa el terreno de dominio público es la de un precario meramente tolerado, no permanente; que corresponde a una gasolinera implantada sobre una acera peatonal que surte a los vehículos estacionados en la propia calzada, obstaculizando el tráfico y sin carril de desaceleración ni isleta separadora del tráfico del vial; y que no existe derecho de indemnización cuando el Ayuntamiento, actuando la facultad que le otorga el artículo 120 del Reglamento de bienes de las entidades locales, pone fin a su tolerancia y exige la desocupación del dominio público municipal."

En consecuencia, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al establecimiento de cláusulas a precario y, en su caso, el deber de indemnizar. Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] las cláusulas de precario en las concesiones –que, como se ha visto, no garantizan la absoluta inmunidad de la Administración para eliminar la situación jurídica sobre la que se hace gravitar el precario administrativo–, llevan consigo la necesidad de distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, y que la distinción entre una y otra depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico." (FJ 13)

"En definitiva [...] la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar [...] No se produce exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario, pues esto sólo se admitiría en una precariedad de segundo grado, pero no en una precariedad de primer grado creada con carácter permanente y duradero, lejos de la provisionalidad y transitoriedad más propia de la precariedad de segundo grado [...]." (FJ 13)

Asimismo, el recurrente alegaba que "el pago de la tasa, impuesto o cualesquiera exacciones no puede sustituir a un acto administrativo autorizante, así como tampoco las obras de reparación o modificación de la instalación".

Sobre este aspecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Según reiterada jurisprudencia, [...] el único título habilitante para la ocupación privativa del dominio público mediante instalaciones fijas no desmontables es la concesión, la cual no puede ser sustituida por una mera autorización o por actos que demuestren la tolerancia de la Administración como el percibo de tasas o el otorgamiento de licencias o autorizaciones con una finalidad distinta." (FJ 14)

Sin embargo, en ese caso el Tribunal consideró que la sentencia no había incumplido dicha doctrina, indicando que:

"La sentencia admite –aunque de modo desacertado– la existencia de una concesión de uso legitimadora de la ocupación del demanio local por la compañía arrendataria del monopolio de petróleos. Sólo utiliza el argumento de la existencia de actos administrativos de reconocimiento como argumento complementario para corroborar la falta de relevancia de los cambios de ubicación sufridos por la estación de servicio, pero no extrae de dicha circunstancia las consecuencias que alega la parte recurrente." (FJ 14)

Por ello, el Tribunal consideró que había que desestimar dicho motivo de impugnación.

Finalmente, el Tribunal, de acuerdo con lo establecido por el artículo 102.1.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, que establece que cuando se estime el recurso de casación por alguno de los motivos deducidos al amparo del artículo 95.1.4 de dicha ley, "la sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate". (FJ 15)

En este sentido, el Tribunal, en contra de lo que había resuelto el tribunal de instancia, declaró lo siguiente:

"[...] la estabilidad de la situación de ocupación en precario del demanio local por [la compañía], demostrada por el transcurso de largo tiempo con tolerancia administrativa, junto con el carácter sobrevenido de las exigencias de interés público que justifican la revocación de la ocupación, [...] son circunstancias que atribuyen claramente a la ocupación examinada un carácter de precario de segundo grado." (FJ 15)

Por tanto, el Tribunal consideró que había que estimar el recurso, ordenando la retroacción del procedimiento adminis-

trativo al momento inmediatamente anterior a la iniciación del trámite pertinente para fijar la indemnización que proceda por el desalojo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre las cláusulas de precario en autorizaciones de uso del dominio público, ver la siguiente sentencia: STSJ del País Vasco 341/2003, de 13 de junio.

Declarando que la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar, ver la siguiente sentencia: STS de 18 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1998/624) (Rec. núm. 1338/1990).

Declarando que no se produce exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de diciembre de 1971 (Aranzadi 1971/5199); STS de 8 de marzo de 1972 (Aranzadi 1972/1262); STS de 22 de abril de 1977 (Aranzadi 1977/1743), y STS de 14 de noviembre de 1984 (Aranzadi 1984/5747).

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Revocación de la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio. Cláusulas de precario. Precariedad de primer y segundo grado

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 2722/1998
RESOLUCIÓN: 341/2003
FECHA: 13 de junio de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Javier Rodríguez Moral
DEMANDANTE: Estación de servicio y asociación de vecinos
DEMANDADO: Ayuntamiento de San Sebastián
DOCTRINA: Revocación de la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio. Cláusulas de precario. Precariedad de primer y segundo grado (FJ 1 y 2)

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de San Sebastián revocó, sin derechos indemnizatorios, la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio y suministro al por menor de carburante. Contra dicha revocación fueron presentadas varias alegaciones, siendo éstas desestimadas. Contra el acto desestimatorio fue interpuesto recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

El Tribunal estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la procedencia de la revocación de actos que en su momento determinaron la utilización del dominio público. Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] para determinar la validez y eficacia de las facultades revocatorias o modificativas que la Administración se autoconceda por cláusula de precario será preciso investigar el fin concreto del acto concesional o autorizante del uso y examinar las razones de oportunidad en que se apoye dicha revocación o modificación, así como los planes y proyectos en cuya realización se ejercitan, determinando si este ejercicio responde plenamente a la protección y salvaguarda del primordial destino del bien de dominio público sobre el cual recae el uso anormal conferido y todas estas ideas dan lugar a que sea preciso distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, cuya separación depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico." (FJ 1)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que debía reputarse ilegal "una cláusula tan absoluta como la que es objeto de impugnación, en que se exonere a la Administración de cualquier tipo de indemnización como consecuencia de la futura modificación, suspensión o extinción de la autorización o concesión por razones de interés general, haciendo abstracción de las circunstancias que concurren y de cuál es su causa". (FJ 1)

Asimismo, el Tribunal señaló lo siguiente:

"Al margen de la posibilidad de discutir si en el caso concreto se da el interés general que origina la revocación, también debe quedar en pie la posibilidad de pedir el resarcimiento por daños y perjuicios, si efectivamente se han producido, para el caso de que el cambio, suspensión o extinción de la autorización o concesión sean procedentes, al existir realmente un interés general que lo demanda. Ello tiene aún mayor importancia en supuestos como el actual, en que el uso anormal del dominio público se ha otorgado para la prestación de un servicio de interés general, como es el eléctrico, y que en aras del mismo se han realizado una serie de inversiones que pueden verse frustradas, o al menos agravadas, como consecuencia de la suspensión, modificación o extinción." (FJ 1)

Por tanto, según el Tribunal, en relación con el derecho a ser indemnizado como consecuencia de la revocación de una licencia, "[...] pueden existir supuestos en que el cambio o revocación no genere derecho a indemnización, pero, por contra, pueden existir otros en que sí surja este derecho, por lo que la cláusula que *a priori* los excluya contraría los principios de responsabilidad por daños que presiden nuestro ordenamiento jurídico". (FJ 1)

De modo que, según el Tribunal, se podría distinguir entre "una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segunda grado que no comporta resarcimiento, cuya separación depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañen a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico". (FJ 1)

Entrando en el análisis de los hechos acontecidos, el Tribunal recordó que en 1965 el Ayuntamiento de San Sebastián había autorizado al recurrente para instalar una estación de servicio de venta al público de carburantes. Sin embargo, como también apuntó el Tribunal, según declaró el Plan especial de reforma interior de la zona, aprobado en 1985, "la gasolinera dificultaba el tráfico rodado, disminuyendo la superficie peatonal de la plaza, deteriorando el nivel ambiental, y creando un peligro en una zona tan transitada, por lo que el equipo redactor del plan proponía su traslado a otro lugar, y que la reubicación podía

encomendarse a una futura revisión del plan general, mediante el establecimiento de áreas especiales para este tipo de instalaciones".

Por su parte, el Tribunal declaró que:

"[...] en cuanto al análisis de las circunstancias que atribuyen a la ocupación el carácter de precario de primer grado susceptible de generar derecho a la indemnización como consecuencia del desalojo, tenemos en primer lugar, que de la prueba practicada se desprende con claridad la vocación de permanencia de la estación de servicio sobre el demanio local, pues no se puede calificar de otro modo a un emplazamiento de venta y distribución de carburantes que se prolonga desde 1966, sirviéndose de instalaciones permanentes, sin sujeción a plazo, y en un sector que cubre necesidades permanentes e indeclinables, fruto de una demanda estable, o mejor, en evolución progresiva, al compás de la incorporación del vehículo a los hábitos de la vida cotidiana." (FJ 2)

Por su parte, acerca de las exigencias de interés público que se alegan como justificativas de la revocación, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[las circunstancias] quedan resumidas en la reacomodación urbanística en la que se ha encontrado sumida la ciudad de Donosti/San Sebastián, y que se traduce en un intento de racionalizar el tejido urbano de la urbe, asumiendo entre otros objetivos, el desplazamiento de las gasolineras ubicadas en pleno casco urbano [...] y que evidentemente revisten carácter sobrevenido en relación con el interés público que motivó originariamente la autorización, y que no fue otro que el aseguramiento razonable de suministro de carburante a los residentes del municipio, que permanece incólume [...] si bien se pretende su coordinación con la constelación de nuevos intereses cuya protección entiende el Ayuntamiento que corresponde resaltar en este particular momento histórico de la ciudad." (FJ 2)

Lo expuesto llevó al Tribunal a la conclusión de que concurrían los requisitos jurisprudencialmente consagrados para dar "derecho a indemnización como contrapartida del cese de la ocupación demanial cuya operatividad debe ser respetada mediante una suma remitida en su señalamiento definitivo a la ulterior fase de ejecución de sentencia". (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal entendió que procedía estimar parcialmente el recurso, anulando el acto impugnado por no ser conforme a derecho, al negar indemnización a la parte actora por el cese de la ocupación del espacio público, condenando a la Administración demandada a abonar a la actora la indemnización que proceda por el desalojo, fijándola con arreglo a las bases establecidas por la propia sentencia.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre las cláusulas de precario en autorizaciones de uso del dominio público, ver la siguiente sentencia: STS de 8 de abril de 2003.

Sobre la procedencia de la revocación de actos que en su momento determinaron la utilización del dominio público, ver las siguientes sentencias: STS (Sala Tercera, Sección Tercera), Recurso de casación 3577/95 (Aranzadi 2002/6475); STS de 29 de octubre de 1979 (Aranzadi 1979/3545), de 23 de abril de 1980 (Aranzadi 1980/2719); STS de 29 de septiembre de 1980 (Aranzadi 1980/3460); STS de 4 de noviembre de 1997 (Aranzadi 1997/8680); STS de 18 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1998/624), y STS de 13 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/1980); STS (Sala Tercera, Sección Cuarta), de 8 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/3681), y STSJ del País Vasco (Sección Primera), de 7 de julio de 1997.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Reglamento autonómico que exige la evaluación de impacto ambiental en un supuesto carente de cobertura legal. Principio de reserva de ley

SUPUESTO DE HECHO

La Confederación Hidrográfica del Norte dictó resolución por la que se autorizaba con carácter temporal el almacenamiento e instalación de un desguace de vehículos en zona de policía de un río. El Gobierno regional formuló requerimiento previo, que fue desestimado por silencio. Tras ello, se interpuso recurso contencioso administrativo, que también fue desestimado.

La parte actora solicitaba la anulación de la resolución administrativa, alegando que debería haberse sometido la actividad a evaluación de impacto ambiental.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la normativa estatal y autonómica relativa a la evaluación de impacto ambiental. En concreto, "[...] en la aplicación y validez del Decreto autonómico 50/1991, que obliga a someter a evaluación de impacto ambiental una serie de actividades, entre las que se encuentran en el anexo II-6 'el desguace y/o almacenamiento de chatarra'". (FJ 2)

Como apuntó el Tribunal, la norma autonómica ampliaba el elenco de posibilidades que debían someterse a evaluación de impacto ambiental de acuerdo con la normativa estatal en la materia, contenida en el Real decreto legislativo 1302/1986.

A tal efecto, el Tribunal citó una sentencia en la que el mismo, a propósito de la exigencia por una norma de naturaleza reglamentaria de someter a evaluación de impacto ambiental el planeamiento urbanístico, había exigido la existencia de una norma de rango legal para adoptar ese tipo de medidas.

En esa ocasión, el Tribunal declaró que:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 973/2001
FECHA: 23 de abril de 2003
PONENTE: Ilma. Sra. María Teresa Marijuán Arias
DEMANDANTE: Gobierno de Cantabria
DEMANDADO: Confederación Hidrográfica del Norte
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Anexo II.8 del Decreto 50/1991, de 29 de abril; Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 junio, y apartado 10.b) del anexo II de la Directiva 85/337
DOCTRINA: Reglamento autonómico que exige la evaluación de impacto ambiental en un supuesto carente de cobertura legal. Principio de reserva de ley (FJ 2 y 3)

"[...] la norma reglamentaria dirigida a tal fin habrá de contar con una habilitación legal emanada precisamente de la comunidad autónoma, esto es, con una habilitación que le venga de quien en la comunidad es el único detentador del poder legislativo: del Parlamento vasco, en fin." (FJ 3)

El Tribunal consideró que dicha doctrina era aplicable al caso enjuiciado, por cuanto se estaba "ante una norma autonómica de naturaleza reglamentaria que carece de la cobertura legal exigible".

Sin embargo, el Tribunal admitió la posibilidad de que "[...] pueda considerarse cubierta la reserva de ley por la normativa urbanística o por la existencia de una norma de Derecho comunitario, la Directiva 85/337, que el decreto autonómico incorpora al ordenamiento interno". (FJ 3).

Por ello, procedió a analizar el contenido de la directiva mencionada. De la misma estudió el contenido de sus dos anexos, referido cada uno a un determinado tipo de proyectos, observando el papel del Estado o la comunidad autónoma sobre los mismos:

"[...] para los proyectos del anexo I, es evidente que el Estado, o la comunidad autónoma en su caso, no cuentan con ámbito propio de decisión a la hora de proceder a su transposición al derecho interno. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea [...], existe una obligación inequívoca de someter estos proyectos a evaluación sin que los estados puedan introducir ninguna limitación en la materia. En estas condiciones bien puede considerarse cubierta la reserva de ley por la norma comunitaria, pues es ella misma la que decide directamente qué proyectos o actividades deben seguir este trámite, sin que la norma interna adopte decisión alguna más que la mera transposición de un mandato imperativo. La decisión de limitar la libertad o la propiedad, en definitiva, no se adopta por la norma interna, sino directamente por la norma comunitaria, lo que hace que pueda considerarse cubierta por ella la reserva de ley internamente exigible que, de hecho, carece de sentido cuando con ella no se adopta originariamente tal limitación." (FJ 3)

En cuanto a las actividades del anexo II, el Tribunal declaró lo siguiente:

"En relación con éstas, los estados cuentan con cierto margen de discrecionalidad, pues a ellos corresponde decidir en qué condiciones deben someterse a evaluación, por tener una importante repercusión ambiental. No se trata, por tanto, de que los estados puedan decidir qué proyectos de los del anexo II se sujetan a evaluación y cuáles no, pues, como tiene señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, un Estado no puede excluir a priori determinados tipos de proyectos. [...] Ahora bien, las instancias nacionales competentes, el Estado o las comunidades autónomas, sí cuentan con un ámbito propio de decisión, pues a ellas les corresponde indicar en qué condiciones se impone la evaluación de impacto ambiental para lo cual deberán tomar como referencia, desde luego, el criterio previsto en la directiva relativo a la intensidad con que la actividad afecte al medio ambiente". (FJ 3)

Por tanto, según el Tribunal, en ese caso:

"[...] la norma comunitaria no llega a cubrir la reserva de ley puesto que no es ella la que directamente impone la restricción que supone la sumisión a evaluación para las actividades del anexo II. Será necesario, en consecuencia, que sea una norma con rango de ley la que seleccione, dentro del respecto al Derecho comunitario, los proyectos o actividades del anexo II que deben sujetarse a evaluación de impacto ambiental indicando los criterios o condiciones que llevan a su selección". (FJ 3)

Analizando el supuesto en cuestión (normas y planes de urbanismo), el Tribunal señaló que era el anexo II el que se refería a las mismas. Al respecto, aún y admitiendo la inclusión en su apartado 10.b) de "trabajos de ordenación urbana", lo que constituye "una referencia genérica que permite considerar comprendidos, entre otras cuestiones, los planes y normas de urbanismo, así como sus modificaciones", el Tribunal declaró que:

"[...] la directiva no impone por sí misma que todos los planes y normas de ordenación urbana se sujeten a este control, sino que será en este caso la comunidad autónoma la que deberá decidirlo indicando qué tipo de trabajos de ordenación urbana son éstos, y señalando bajo qué condiciones o criterios deben efectivamente someterse a evaluación de impacto ambiental. Esta decisión, como se ha indicado ya, deberá adoptarse en una norma con rango de ley". (FJ 3)

En ese sentido apunta la Directiva 97/11, que alteró al apartado 10 del anexo II, que "no se refiere genéricamente a los 'b) trabajos de ordenación urbana' sino a los 'proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y aparcamientos', de suerte que "[...] ya no pueden considerarse aludidos los planes y normas de ordenación urbana, sino los más concretos proyectos de realización de obras, instalaciones o actividades". (FJ 3)

Por lo expuesto, el Tribunal llegó a la conclusión de que la previsión del Decreto 50/1991 carecía de la cobertura de la directiva mencionada y, por tanto, procedía declarar la nulidad de la misma. En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la legislación básica estatal y de desarrollo autonómico en materia de evaluación de impacto ambiental, ver las siguientes sentencias: STC de 26 de junio de 1995 (Aranzadi 1995/102), y STS de 24 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/7594).

Declarando que, en las materias comprendidas en el anexo I de la Directiva 85/337 existe una obligación inequívoca de someter estos proyectos a evaluación sin que los estados puedan introducir ninguna limitación en la materia, ver las siguientes sentencias: STEDH de 11 de agosto de 1995 (asunto C-431/92) (TJCE 1995/132), y STEDH de 2 de mayo de 1996 (asunto C-133/96) (TJCE 1996, 86).

Negando que un Estado pueda excluir *a priori* determinados tipos de proyectos , ver las siguientes sentencias: STEDH de 24 de octubre de 1996 (C-72/95) (TJCE 1996/188); STEDH de 22 de octubre de 1998 (C-301/95) (TJCE 1998/188), y STEDH de 13 de septiembre de 1999 (C-435/97).

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Establecimiento en un organismo público de un sistema de control horario consistente en la lectura biométrica de la mano por infrarrojos. Derecho a la intimidad personal y familiar. Libertad informática

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 759/2002
FECHA: 28 de marzo de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. César Tolosa Tribiño
DEMANDANTE: Funcionario al servicio del Gobierno de Cantabria
DEMANDADO: Gobierno de Cantabria
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 10, 103 y 106 de la CE; artículo 6 de la Ley orgánica 15/1999, de 3 de diciembre, de protección de datos de carácter personal
DOCTRINA: Establecimiento en un organismo público de un sistema de control horario consistente en la lectura biométrica de la mano por infrarrojos. Derecho a la intimidad personal y familiar. Libertad informática (FJ 4, 5, 6, 8, 11 y 13)

SUPUESTO DE HECHO

La Consejería de la Presidencia del Gobierno de Cantabria resolvió implantar un nuevo sistema de control horario, consistente en la lectura biométrica de la mano.

Contra la resolución por la que se aprobaba el mencionado sistema y la orden sobre la puesta en funcionamiento del mismo fue interpuesto recurso contencioso-administrativo. Los recurrentes alegaban que el nuevo sistema vulneraba su derecho a la intimidad. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó en primer lugar el contenido del derecho a la intimidad, indicando que:

"El derecho a la intimidad personal, como derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para sostener una calidad mínima de la vida humana" [...]." (FJ 5)

A continuación, el Tribunal se refirió a dicho derecho como limitador de las facultades organizativas de los empresarios, declarando que:

"[...] también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos [...]. Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho [...]. Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador [...], ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél." (FJ 6)

Lo indicado se correspondería con los dicho en anteriores ocasiones en cuya virtud:

"[...] la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad [...]." (FJ 6)

En cuanto al análisis de la proporcionalidad de las medidas, el Tribunal declaró que:

"[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)." (FJ 6)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que el sistema de control que se pretendía instaurar resultaba "idóneo para conseguir el objetivo propuesto". Éste objetivo consistía en "lograr un mayor nivel de eficacia en la Administración pública". (FJ 8)

Además, el Tribunal consideraba que "La existencia de otros posibles sistemas igualmente idóneos para conseguir la referida finalidad, no convierte el sistema enjuiciado en ilegal, siendo legítimo que la Administración opte, dentro de la legalidad, por aquel sistema que considere más conveniente". (FJ 8)

Así, tras efectuar el correspondiente juicio de proporcionalidad, el Tribunal consideraba que:

"[...] la implantación del sistema puede reportar más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, máxime cuando nos encontramos ante la imposición de una obligación a un colectivo vinculado a la Administración mediante una relación de sujeción especial [...]. En efecto, una adecuada política en materia de personal al servicio de la Administración, habrá de redundar en una mayor eficacia de la misma para la consecución de los intereses generales, valor reconocido constitucionalmente en el artículo 103 de la Constitución y que conforme a la STC 85/1983, de 25 de octubre (Aranzadi 1983, 85), plasma junto con el artículo 106 la concepción constitucional de la Administración, concepción que se impone a los concretos e individuales intereses de cada uno de los posibles funcionarios afectados." (FJ 8)

Finalmente, el Tribunal se refirió a la libertad informática, de la que dijo que representa:

"[...] no sólo 'la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático'." (FJ 11)

El debido respeto a la libertad informática llevó al Tribunal a analizar el posible incumplimiento por parte de las disposiciones impugnadas de la Ley orgánica 15/1999, de 3 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En concreto, se centró en el artículo 6 de la misma, que se refiere a la necesidad de prestar consentimiento en ciertos casos en los siguientes términos:

"No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias [...] siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado." (FJ 13)

El Tribunal consideró que el caso enjuiciado correspondía a dicho supuesto, lo que, junto a la circunstancia de que la utilización de la mano no constituía una agresión referida a la intimidad corporal, llevó al Tribunal a desestimar el recurso interpuesto, por ser inexistente la vulneración del derecho fundamental invocado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho a la intimidad, ver las siguientes sentencias: (en este mismo número) STS de 29 de mayo de 2003; STC 209/1988, de 27 de octubre (Aranzadi 1988/20); STC 231/1988, de 2 de diciembre (Aranzadi 1988/231); STC 197/1991, de 17 de octubre (Aranzadi 1991/197); STC 99/1994, de 11 de abril (Aranzadi 1994/99); STC 143/1994, de 9 de mayo (Aranzadi 1994/143); STC 207/1996, de 16 de diciembre (Aranzadi 1996/207), y STC 186/2000, de 10 de julio (Aranzadi 2000/186), entre otras.

Negando el carácter absoluto del derecho a la intimidad, ver las siguientes sentencias: STC 57/1994 (Aranzadi 1994/57), y STC 143/1994 (Aranzadi 1994/143).

Sobre los derechos fundamentales de los trabajadores como limitación de las facultades organizativas de los empresarios, ver la siguiente sentencia: STC 292/1993 (Aranzadi 1993/292) (FJ 4).

Declarando que la su limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, ver las siguientes sentencias: STC 99/1994 (Aranzadi 1994/9) (FJ 7); STC 6/1995 (Aranzadi 1995/6) (FJ 3), y STC 136/1996 (Aranzadi 1996/136) (FJ 7).

En contra de que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador sirva a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ver las siguientes sentencias: STC 94/1984 (Aranzadi 1984/9); STC 108/1989 (Aranzadi 1989/108); STC 171/1989 (Aranzadi 1989/171); STC 123/1992 (Aranzadi 1992/123); STC 134/1994 (Aranzadi 1994/134); STC 173/1994 (Aranzadi 1994/173), y STC 11/1981 (Aranzadi 1981/11) (FJ 22).

Sobre el principio de proporcionalidad, ver las siguientes sentencias: STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995, 66) (FJ 5); 55/1996, de 28 de marzo (Aranzadi 1996/55) (FJ 6, 7, 8 y 9); STC 207/1996, de 16 de diciembre (Aranzadi 1996/207) [FJ 4.e)], y STC 37/1998, de 17 de febrero (Aranzadi 1998/37) (FJ 8).

Declarando que una adecuada política en materia de personal al servicio de la Administración debe de redundar en una mayor eficacia de la misma para la consecución de los intereses generales, ver la siguiente sentencia: STC 85/1983, de 25 de octubre (Aranzadi 1983/85).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ordenanza municipal. Obligación de someter los inmuebles de cierta antigüedad a una inspección técnica por profesionales titulados legalmente para ello. Contenido esencial del derecho de propiedad. Reserva de ley

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 452/1999
RESOLUCIÓN: 674/2003
FECHA: 13 de junio de 2003
PONENTE: Ilma. Sra. Elvira Adoración Rodríguez Martí
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Madrid
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 22 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL); artículo 181 del Texto refundido de la Ley del suelo (TRLS); artículos 25 a 32 de la Ordenanza municipal sobre conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones, aprobada por el Ayuntamiento en Pleno de Madrid en fecha 28 de enero de 1999
DOCTRINA: Ordenanza municipal. Obligación de someter los inmuebles de cierta antigüedad a una inspección técnica por profesionales titulados legalmente para ello. Contenido esencial del derecho de propiedad. Reserva de ley (FJ 2 y 3)
VOTO PARTICULAR: Ilmo. Sr. Javier Eugenio López Candela

SUPUESTO DE HECHO

El Pleno del Ayuntamiento de Madrid aprobó la Ordenanza municipal sobre conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones.

En dicha ordenanza se imponía a los propietarios de los edificios la acreditación del buen estado de los mismos, teniendo que pasar una inspección técnica que acreditara su estado a tales efectos.

Un particular interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la misma, por considerar que sus artículos 25 a 52 afectaban al "contenido esencial" del derecho de propiedad. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso, ordenando la anulación de la ordenanza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó si la mencionada ordenanza establecía unas normas que afectaran al "contenido esencial" del derecho de propiedad o, por el contrario, se trataba de un ejercicio de 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.

La argumentación del Tribunal giró entorno a dos ejes: la reserva de ley y el contenido esencial del derecho fundamental de propiedad.

En relación con el contenido esencial, el Tribunal declaró que:

"Este contenido esencial intangible de los derechos constituye el *statu quo* de la propiedad y adquiere un peso normativo que necesariamente ha de ser configurado por ley, porque actúa precisamente como límite de la ley y no es determinado por ésta." (FJ 2)

Así, según el Tribunal:

"Para enjuiciar pues la legitimidad de una norma de rango inferior a la ley, como es la ordenanza municipal que nos ocupa, hemos de utilizar como parámetro el 'contenido esencial' del derecho a que se refiere, que en este caso es el de propiedad." (FJ 1)

Acerca del contenido del derecho de propiedad, el Tribunal declaró que:

"Uno de los deberes primordiales que incumbe a todo propietario, es el de mantener y conservar los inmuebles que le pertenezcan en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos, como establece el TRLS, siendo su obligación tan ineludible, que se faculta a la Administración pública, a actuar subsidiariamente en el cumplimiento de aquel deber, en los supuestos en que no lo haga el propietario, y a costa de éste [...]."

En cuanto a este deber de mantener los inmuebles en buen estado, el Tribunal declaró que:

"Este deber de los propietarios se había presumido cumplido tradicionalmente, correspondiendo a los poderes públicos, en este caso, a la Administración municipal, acreditar mediante las oportunas inspecciones e informes técnicos realizados por funcionario público, que cualquier edificio en concreto no reunía las condiciones exigidas de seguridad, por incumplimiento del propietario de los deberes de conservación y mantenimiento,

estando por tanto facultada para compelerle a realizarlos, o realizarlos por sustitución."

Sin embargo, "A partir de la publicación de la Ordenanza [...] la forma en que la Administración velaba para que los propietarios cumplieran sus deberes, se modifica radicalmente, pues se invierte la carga de la prueba, y se impone a los propietarios el gravamen de acreditar fehacientemente ante el municipio, que los edificios de su propiedad se hallan en condiciones de seguridad constructiva". (FJ 1)

De modo que, según el Tribunal:

"[...] el artículo 25 de la ordenanza [...] impone [...] una carga respecto del derecho de propiedad, que entiende la Sala afecta al contenido esencial del mismo sobre todo respecto de la 'forma y precios' en que ha de realizarse la inspección." (FJ 2)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar el contenido de los preceptos que desarrollaban la medida indicada.

Al respecto, entendió que el artículo 27 de la ordenanza dejaba "al arbitrio de los profesionales la acreditación del cum-plimiento o incumplimiento de los deberes ineludibles de los propietarios, que sólo a la Administración pública le está encomendado constatar". (FJ 2)

Por su parte, "Los informes [...] son a cargo de los propietarios, que deberán abonar los correspondientes honorarios, suponiendo dicho pago una merma o restricción de carácter económico del derecho de propiedad, que como ya hemos venido analizando, está reservada exclusivamente a la ley por el texto constitucional; y no habiéndose promulgado ley alguna que establezca esta carga de carácter oneroso, la ordenanza que la impone carece de cobertura legal e infringe el principio de legalidad y de jerarquía normativa". (FJ 2)

En cuanto a los plazos establecidos por el artículo 23 para llevar a cabo la inspección, el Tribunal consideró que "podrían ser atentatorios al principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la CE, toda vez que sin la existencia de una ley general, cada municipio tendría libertad para establecer los plazos que estimara oportunos, existiendo por tanto mayor intensidad de gravamen en aquellos municipios que establecieran plazos más cortos entre una inspección y otra". (FJ 2)

Finalmente, en relación con el artículo 32, el Tribunal declaró que vulneraba los principios de legalidad y tipicidad (artículo 25 de la CE) "al establecer un sistema sancionatorio para el caso de que los propietarios no realizasen la inspección técnica de los edificios, en los plazos y formas establecidos en la norma". (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal declaró que el mencionado precepto:

"Si bien [...] califica las sanciones a imponer a los propietarios renuentes al cumplimiento de la inspección técnica de edificios, como multas coercitivas, entiende la Sala que se trata de auténticas sanciones consecuencia de infracciones administrativas que no están previstas ni determinadas en ninguna ley anterior a la ordenanza [...]. La imposición de sanciones constituye el reconocimiento implícito de que la conducta contraria a los artículos 25 a 32 de la ordenanza constituye una infracción administrativa, como no podía ser de otro modo, ya que ninguna obligación administrativa tendría el carácter vinculante para el cumplimiento si la falta de éste no estuviera considerada como infracción y llevaría aparejada la correspondiente sanción." (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal anuló los artículos 25 a 32 de la ordenanza.

Voto particular

El Ilmo. Sr. Javier Eugenio López Candela formuló un voto particular, al discrepar del parecer de la mayoría en varios aspectos.

En primer lugar, el magistrado se refirió al deber de prestar el informe técnico establecido por la norma. Al respecto, el magistrado declaró que dicha obligación quedaba justificada por la necesidad de garantizar que el edificio se halla "en las condiciones debidas de seguridad". Además, éste destacó que:

"[...] la exigencia de dicho tipo de informes técnicos no resulta desconocida en el ordenamiento administrativo, pues es frecuente que la Administración encomiende a los particulares la presentación de informes elaborados por técnicos cuya competencia se presume al objeto de acreditar el cumplimiento de una determinada normativa." (FJ 2)

En cuanto al principio de legalidad (artículo 9.3 de la CE), el Tribunal declaró que éste no quedaba vulnerado, pues "partiendo de la base de que una regulación reglamentaria del derecho de propiedad que no incida en el contenido esencial del mismo es acorde con el principio de reserva de ley, en tanto en cuanto al citado contenido esencial siga siendo recognoscible". (FJ 4)

En efecto, el magistrado consideraba que no se había alterado el contenido esencial del derecho de propiedad, indicando que "no queda afectado por el hecho de que se imponga la presentación del mencionado certificado, sea desfavorable o no la inspección técnica". (FJ 4)

Tampoco observó merma del principio de igualdad "por el hecho de que pueda existir diferente tratamiento entre los españoles por el hecho de someterse a diferente normativa sobre la materia [...] pues además de que igualdad no implica 'uniformidad' en todo el territorio nacional". (FJ 6)

El único aspecto en que el magistrado coincidió con el parecer del Tribunal fue en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora previsto en el artículo 32, que, según el magistrado, exigía "una habilitación legal previa que en el presente caso no existe". En consecuencia, el magistrado entendía que el recurso debiera haberse estimado parcialmente, sólo para anular éste precepto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el contenido esencial del derecho de propiedad, ver las siguientes sentencias: STC de 8 de abril de 1981 (Aranzadi 1981/11), y STC 37/1987, de 26 de marzo (Aranzadi 1987/37).

Sobre esta sentencia, ver el siguiente artículo: SARMIENTO, Daniel y MORAL, Leonor, "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", en Cuadernos de Derecho Local, núm. 3.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Competencia estatal y municipal en materia de telecomunicaciones. Principio de legalidad. Principio de irretroactividad

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 485/2002
FECHA: 14 de marzo de 2003
PONENTE: Ilma. Sra. María Josefa Artaza Bilbao
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Torrelavega
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 4.2; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 1 y 2; 15, párrafo 2, 11.2; 17, apartados c2, c5, c8; 20, apartados 3 y 4 y 20 a 24 de la Ordenanza reguladora de las condiciones urbanísticas de localización de instalaciones de telefonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública, del Ayuntamiento de Torrelavega
DOCTRINA: Competencia estatal y municipal en materia de telecomunicaciones. Principio de legalidad. Principio de irretroactividad (FJ 4, 6, 7, 9, 11 y 13)

SUPUESTO DE HECHO

Una compañía de telefonía móvil interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza reguladora de las condiciones urbanísticas de localización de instalaciones de telefonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública, del Ayuntamiento de Torrelavega, interesando la nulidad de determinados preceptos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Las alegaciones formuladas por el recurrente podían agruparse en las siguientes causas: "a) la invasión de competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones; b) el establecimiento en la ordenanza de criterios y condiciones que exceden de la competencia urbanística de los entes Municipales; c) El establecimiento del régimen sancionador en la ordenanza se encuentra carente de cobertura legal; d) la vulneración del principio de irretroactividad por parte de la ordenanza, al afectar sus disposiciones a instalaciones ya existentes."

Alegaciones relativas a la invasión de competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones y el establecimiento en la ordenanza de criterios y condiciones que exceden de la competencia urbanística de los entes municipales

El recurrente alegaba que el artículo 4.2 vulneraba el derecho a la ocupación del dominio público de los operadores de telecomunicaciones por establecer "la potestad de autorizar la localización de las instalaciones a favor del Ayuntamiento y sin matización alguna, como restricción absoluta de su derecho de ocupación y de manera desproporcionada". En respuesta a dicha alegación, el Tribunal recordó la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la distribución de competencias en materia de telecomunicaciones. Como declaró en una ocasión (STS de 24 de enero de 2000):

"a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal que exija el tendido de redes, cables o, como dice la sentencia de instancia, instalaciones o canalizaciones." (FJ 4)

Por su parte:

"b) La competencia municipal se orienta a la preservación de intereses municipales y la normativa de régimen local especialmente concernida es la relativa a bienes y servicios municipales planeamiento urbanístico, Por consiguiente, los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la nuevas redes de telecomunicaciones, Y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos [...]." (FJ 4)

En cuanto a los límites de la competencia municipal en la materia, el Tribunal Supremo había declarado lo siguiente:

"El ejercicio de dicha competencia municipal [...] no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad [...]." (FJ 4)

Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] el sistema constitucional de determinación de competencias del Estado y de las comunidades autónomas no impide que la ley reconozca competencias a los entes locales para la protección de sus intereses en salvaguarda de la autonomía municipal. Y ello es así, en la materia de telecomunicaciones, no sólo cuando con las instalaciones se utilice el dominio público [...] sino también cuando dichas instalaciones puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Administración municipal esta obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente [...]." (FJ 4)

"[...] existe una relación directa entre las instalaciones expresadas y las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana a las que puede y debe atender la regulación municipal, y el punto de conexión entre unas y otras pueden ser tanto los instrumentos de planeamiento urbanístico, como las ordenanzas o reglamentos relativos a dichas instalaciones [...]." (FJ 4)

Así, acerca de la posible vulneración por el artículo 4.2 del principio de proporcionalidad, el Tribunal concluyó que:

"[...] no se vulnera el principio de proporcionalidad ni las competencias estatales en materia de telecomunicaciones, pues, responde a las exigencias de las potestades de programación y planificación urbanística como inherente a los intereses que debe proteger el Ayuntamiento determinando el modelo territorial del municipio y, establece la necesidad de autorización de las localizaciones de las instalaciones de telecomunicaciones por parte del Ayuntamiento y ello sin perjuicio de las otras competencias estatales y autonómicas concurrentes." (FJ 4)

En otro orden de cosas, el recurrente consideraba que el artículo 6 de la ordenanza contenía criterios que establecían conceptos jurídicos indeterminados "que permiten introducir un elemento de discrecionalidad subjetivo".

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"No pueden aceptarse estas imputaciones pues, precisamente, no debe olvidarse que las licencias urbanísticas tienen carácter reglado y por tanto la compatibilidad o no con el entorno

deberá determinarse no de forma subjetiva por el funcionario o autoridad actuante, sino conforme al planeamiento y ordenanzas concretas aplicables en el sector [...]. De todo ello debe concluirse la plena legalidad de la regulación a través de ordenanza municipal del impacto visual [...]. (FJ 5)

El recurrente alegaba asimismo que la regulación por el artículo 6 del uso compartido de instalaciones suponía una asunción de competencias exclusivas del Estado (artículo 149.1.21 de la CE). Al respecto, el Tribunal, reiterando lo declarado en otra ocasión, admitió que "[...] la obligación de compartir infraestructuras únicamente puede ser impuesta por la Administración competente en la materia, en concreto por la Administración del Estado mediante orden ministerial, aunque las mismas se instalen sobre zonas de dominio público local". (FJ 6)

Sin embargo, según el Tribunal, el mencionado precepto "[...] no impone la obligación de compartir instalaciones, ni atribuye al Ayuntamiento de Torrelavega funciones de arbitraje en caso de desacuerdo de las operadoras para el uso compartido de las instalaciones [...]". (FJ 7)

Asimismo, el recurrente alegaba que la obligatoriedad de presentación de un plan de implantación de las instalaciones y el condicionamiento de las licencias a su presentación eran "ilegales por contener exigencias desproporcionadas en cuanto a la actividad e instalación de telefonía móvil, [...] suponiendo medidas antieconómicas y de difícil asunción por las operadoras".

Al respecto, el Tribunal citó lo indicado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2000 (Aranzadi 2002/1196), en relación con el alcance de las competencias municipales en materia de telecomunicación y la armonización de las mismas con las competencias del Estado, en la que éste declaró que:

"Con independencia del cuál sea el contenido del plan técnico previsto en la ordenanza que se impugne, es importante destacar que, sin una habilitación especifica y al amparo de la legislación de bases de régimen local, interpretada de acuerdo con los intereses que deben proteger los municipios, el Tribunal Supremo entiende no desproporcionada la exigencia de una planificación que examine, coordine e incluso apruebe el Ayuntamiento." (FJ 9)

En cuanto la posibilidad de que el Ayuntamiento ordene la realización de inspecciones de las instalaciones, el recurrente también apreciaba la existencia de una invasión de las competencias exclusivas atribuidas al Estado. El Tribunal también desestimó dicho motivo, alegando que:

"[...] con independencia de la existencia de las facultades del Estado, debe entenderse existe cobertura legal y constitucional respecto a la competencia del ente municipal en orden a inspeccionar las instalaciones y proteger la tutela de los intereses locales en materia de seguridad en locales públicos, protección civil, de medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y salubridad [...]." (FJ 11)

Alegaciones relativas a la falta de cobertura legal del régimen sancionador de la ordenanza

El recurrente también alegaba que el régimen sancionador previsto por la ordenanza carecía de cobertura legal. Al respecto, el Tribunal recordó lo declarado en otra ocasión por el Tribunal Supremo, que se había manifestado en los siguientes términos:

"La autonomía municipal, queda garantizada por la propia CE (artículo 140). La autonomía municipal es proclamada y garantizada constitucionalmente, en función de los fines que vienen atribuidos a los órganos administrativos del municipio por la ley ordinaria; para que aquellos fines puedan satisfacerse, la CE otorga a los municipios personalidad jurídica plena. La capacidad de que gozan los entes locales, por imperio de los artículos 137 y 140 de la CE, no queda concretada a competencias reflejadas en la CE, sino que esta permite que el legislador ordinario precise el *quantum* de autonomía local. Por ello, el concepto "autonomía local" es un concepto indeterminado, susceptible de ser precisado cuando los actos o las disposiciones municipales se someten al control de los tribunales

Tras ello, el Tribunal Supremo había aclarado que "los municipios sólo pueden perseguir los fines taxativamente señalados en la ley".

Acogiéndose a ello, el Tribunal Supremo había considerado que no se había producido una vulneración del principio de legalidad, por cuanto "[...] el precepto reglamentario [...] no viene sino a desarrollar los preceptos de la ley [...] al proteger análogo bien jurídico que aquélla, encontrando además su acomodo en la potestad reglamentaria municipal, desarrollada a través de las correspondientes ordenanzas, en la conceptuación que de las mismas ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1992 (Aranzadi 1992, 5378) [...]". (FJ 12)

Alegaciones relativas a la vulneración del principio de irretroactividad por parte de la ordenanza, al afectar sus disposiciones a instalaciones ya existentes

Finalmente, el recurrente alegaba que el establecimiento del plazo de tres meses para presentar el plan de implantación y el de tres meses más para la solicitud de la licencia individualizada vulneraba el artículo 9.3 de la CE, que proscribe la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos.

Al respecto, el Tribunal citó una sentencia del Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia hace distinción entre dos tipos de retroactividades. Así, según declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2002:

"[...] ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo –cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no–, una retroactividad de grado medio –cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados– y una retroactividad de grado mínimo –cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior–.

"Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas." (FJ 13)

En ese caso, el Tribunal Supremo había llegado a la conclusión de que se trataba de una irretroactividad de grado mínimo ("aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor"). Por tanto, siguiendo con la mencionada jurisprudencia, procedía desestimar el mencionado motivo de impugnación.

Por lo expuesto, el Tribunal acordó desestimar el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la impugnación de una compañía telefónica de una ordenanza relativa a las instalaciones de radiocomunicación, ver la siguiente sentencia: STSJ de Andalucía, de 18 de marzo de 2003.

Sobre la atribución de competencias al Estado y los municipios en materia de telecomunicaciones, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/331), y STS de 18 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/8744).

Sobre el uso compartido de instalaciones, ver la siguiente sentencia: STS de 20 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/1196).

Sobre los "planes de implantación", ver las siguientes sentencias: STS de 20 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/1196); STS de 18 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/8744), y STS de 24 de enero de 2000, Recurso 114/1994 (Aranzadi 2000/331).

Sobre la posibilidad de que el régimen sancionador previsto por una ordenanza vulnere el principio de legalidad, ver la siguientes sentencia: STS de 15 de junio de 1992.

Excluyendo la retroactividad de carácter mínimo de la retroactividad en sentido propio, ver las siguientes sentencias: STC 42/1986 (Aranzadi 1986/42); STC 99/1987 (Aranzadi 1987/99); STC 227/1988 (Aranzadi 1998/227); STC 210/1990 (Aranzadi 1990/210); STC 182/1997 (Aranzadi 1997, 18); STS de 18 de marzo de 1995 (Aranzadi 1995/2500), y STS de 15 de abril de 1997 y de 17 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/3988), entre otras.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Competencia de los entes locales en materia de instalaciones de radiocomunicación

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 242/2002
FECHA: 18 de marzo de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. José Antonio Montero Fernández
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Santiponce
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 2 a 4, 6, 7, 10 in fine y 47 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Santiponce sobre la instalación y el funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación
DOCTRINA: Competencia de los entes locales en materia de instalaciones de radiocomunicación (FJ 3, 5, 6, 9 y 10)

SUPUESTO DE HECHO

Una compañía de telefonía móvil interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Santiponce sobre la instalación y el funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación, interesando la nulidad de determinados preceptos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la existencia de ciertos vicios formales. Uno de ellos era la elaboración de forma unilateral de la ordenanza sobre una materia de competencia exclusiva del Estado sin previa consulta a la Administración estatal. Tras señalar que no se trataba de un defecto formal sino de una cuestión que afec-taba al fondo, el Tribunal estimó conveniente referirse a la atribución de competencias en dicha materia, advirtiendo de antemano que:

"[...] con carácter general ha de convenirse que las corporaciones locales sí son competentes para regular la materia que nos ocupa, como se ha dicho otras veces, no discutiéndose las competencias municipales en materias tales como urbanismo medio ambiente y protección de la salubridad pública, el problema, pues, es un problema de límites." (FJ 3)

Así, en relación con las competencias de los municipios, éste declaró lo siguiente:

"Resulta, pues, incuestionable la potestad reglamentaria de las corporaciones locales; cuyo contenido material viene delimitado por los intereses propios del municipio cuya salvaguarda tiene legalmente atribuida. A nuestro entender, es una obviedad que no necesita especial justificación, toda instalación o el establecimiento de cualquier infraestructura, con mayor o menor intensidad, conlleva un impacto en la ciudad, que en múltiples perspectivas atañe e inciden en intereses netamente municipales; por lo que resulta acorde con el orden delimitado que el municipio sea quien controle y regule el uso de su propio suelo o subsuelo y vele por los intereses municipales que se vean comprometidos." (FJ 3)

Más adelante, éste declaraba que:

"[...] los ayuntamientos, titulares del dominio público solicitado no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles, ahora bien, una cosa es esta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla. [...] En suma, no es posible negar a los ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales." (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal señaló la diferencia entre planeamiento y ordenanzas. Éstos "tienen una naturaleza jurídica diferente, [...] son producto de dos potestades distintas, la planificadora y la reglamentaria y por ende su naturaleza es la de plan y la de reglamento".

Acerca de los planes urbanísticos, el Tribunal indicó que "[...] proyectan sobre el territorio una ordenación concreta del derecho de uso y edificación establece el diseño de la ciudad y por tanto, es el instrumento adecuado para determinar por donde han de discurrir las infraestructuras y su emplazamiento, y fijar compatibilidades e incompatibilidades de uso, así como prohibiciones o restricciones". (FJ 5)

Por el contrario, las ordenanzas "son verdaderas reglamentaciones generales que no están ligadas a los planes, cuyo objetivo es regular, 'los aspectos morfológicos incluidos los estéticos, y cuantas otras condiciones, no definitorias directamente de la edificabilidad y el destino del suelo, sean exigibles para la autorización de los actos de construcción, edificación y usos susceptibles de realización en los inmuebles'." (FJ 5)

De suerte que:

"La función ordenadora de la infraestructura de las telecomunicaciones le viene, pues reservada a los planes, lo que ha de conllevar por la estructuración natural de las competencias y los ámbitos de actuación, que las ordenanzas municipales se limiten a la misión de complementar y completar, en su caso, el planeamiento de ordenación, incidiendo en los aspectos técnicos de la edificación y urbanización pero con respeto y ajustándose a las normas sectoriales reguladoras de los servicios públicos o de interés público."

[...]

"Por tanto, a través del planeamiento se va a prever y decidir la localización o ubicación de los terrenos destinados a sistemas generales o dotacionales o redes públicas en los distintos tipos o clase de suelos, y sus elementos integrantes y descripción de sus características y trazado; junto a esta actividad estructurante, puede coexistir, también, una ordenación más detallada y concreta de los sistemas generales mediante el

establecimiento de criterios y estándares, entre ellos el de definir la capacidad de la infraestructura, tan importante en un mercado como el de telecomunicaciones liberalizado y en el que se establece como principio a seguir, con limitaciones, la facultad de construir las propias redes. También corresponde al planeamiento la zonificación, esto es la implantación de infraestructura o redes locales en cada zona o sector, con previsiones de usos e intensidades de ocupación." (FJ 5)

Finalmente, en cuanto al alcance de las materias reservadas a las ordenanzas, éste declaró que "En definitiva, las ordenanzas, y desde luego la que nos ocupa, no pueden establecer determinaciones de ordenación urbanística". Añadiendo que "Tampoco puede el Ayuntamiento utilizar las ordenanzas que nos ocupa para introducir normas de protección ambiental que no le corresponde, en tanto que los ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección respecto de las estatuidas por el Estado". (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar los artículos cuestionados expresamente por la parte actora.

El artículo 2 de la ordenanza establecía el deber de los operadores de presentar un programa técnico de desarrollo. El contenido de dicho programa técnico estaba contenido en el artículo 10. Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] las instalaciones van a formar parte de una red, que se entiende y se concibe en su conjunto, no aisladamente por cada elemento que la compone." (FJ 6)

"[...] en definitiva, para el ejercicio del control público que legalmente tiene atribuido, necesite conocer de forma acabada el conjunto de la red y las funciones y lugar que ocupa en la instalación que se va a ubicar en el término municipal, lo cual sólo es posible conseguir teniendo la información que se pretende obtener a través del programa técnico cuestionado. El contenido exigido en el artículo 10 de la ordenanza se incardina teleológicamente para el análisis y, en su caso, autorización a los solos efectos de la licencia de actividad y de obras de ser necesarias en directa exigencia de una información que resulta necesaria y adecuada para que el Ayuntamiento pueda desarrollar las competencias, en concreto urbanísticas y medio ambientales, que legalmente se le encomienda. Sin perjuicio de la nulidad de la exigencia que se acompañe una póliza de seguro de responsabilidad ilimitada." (FJ 6)

En cuanto a la obligación, establecida por el artículo 3 y desarrollada por el artículo 10 in fine, de presentar un seguro de responsabilidad civil que cubra de manera ilimitada posibles afecciones a los bienes o a las personas, el Tribunal declaró que:

"Ningún título competencial avala el establecimiento de las condiciones vistas para la concesión de la licencia, ni las exigencias de las referidas garantías poseen contenido urbanístico o medioambiental [...]. Son, pues, determinaciones que inciden directamente en la regulación sectorial de las telecomunicaciones en cuanto que afecta a requisitos exigidos a las operadoras para la instalación de redes y su utilización, incidiendo directamente en la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones, aparte de afectar al sistema general del régimen de responsabilidad propio del Derecho civil, o en el mejor de los casos como medida adicional medioambiental cuya competencia también es estatal o, en su caso autonómica. Razones que nos han de llevar a declarar la nulidad de los artículos 3 y 10 *in fine* en los términos vistos." (FJ 9)

En el caso del artículo 6, que establece una limitación de potencia en las zonas de uso continuado por la ciudadanía en general, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Las corporaciones municipales por tanto, no tienen, competencia para regular una materia afectante directa y sustancialmente al sector de las telecomunicaciones y medioambientales. Cierto que posee competencias sobre protección de la salud pública, en los términos antes transcritos del artículo 42 de la Ley 14/1986, mas las mismas se desenvuelven en el control sanitario de las expresadas instalaciones, no, como sucede con la determinación referida, mediante la regulación de concretas características técnicas de las instalaciones." (FJ 9)

Por ello, el Tribunal consideró que también había que declarar la nulidad del artículo 6.

En relación con el deber de respetar unas distancias mínimas entre instalaciones, establecido en el artículo 7, el Tribunal declaró que:

"La previsión vista posee un evidente contenido ordenador, al prohibir mediante el mecanismo introducido de la no autorización de las instalaciones, de la infraestructura material, imposibilitando su instalación en todo el suelo urbano y urbanizable y en el no urbanizable en la superficie definida." (FJ 10)

"Por tanto, una previsión como la que nos ocupa, en la que se contiene una determinación de ordenación del territorio, sólo puede encontrar su instrumento idóneo de ordenación en los establecidos expresamente para dicha finalidad, esto es en los instrumentos de ordenación, en los planes de distintos ámbitos que se prevean, no siendo, pues, una ordenanza reguladora de la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación la disposición adecuada a efecto de realizar dicha ordenación". (FJ 10)

Finalmente, acerca de la obligación establecida por la norma de compartir un mismo emplazamiento por parte de diferentes operadoras que establecía el artículo 47, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] la regulación contenida en el indicado artículo 47 y la que se hace en la ordenanza, se mueven en planos diferentes, afectan a materias distintas, y por ende pudiéndole corresponder la facultad de autorizar la compartición al Estado en el ámbito competencial que le es propio y exclusivo, sector de las telecomunicaciones, ello no es incompatible para que se ejerzan por el municipio las competencias que le son propias dentro del ámbito distinto como el urbanístico y medioambiental. Así las facultades otorgadas en el artículo 47 de la LGTel el al órgano competente de las telecomunicaciones, se incardinan en la esfera propia de las telecomunicaciones, a la luz del artículo 11 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, la compartición o coubicación de instalaciones, artículo 48 del Real decreto 1736/1998, de 31 de julio, y no sólo de los bienes de titularidad pública o privada, aparte de ser un derecho reconocido a cualquier operador, puede venir impuesto por motivos de exigencias esenciales, entre las que se encuentra como se ha indicado la ordenación urbana y rural, intereses públicos de utilización racional del territorio que deben imponerse a los privados de los operadores, en cuyo caso el ente competente para imponerlas no es otro que aquel que tiene atribuidas las competencias de urbanismo, en función de sus preferencias." (FJ 12)

Por ello, el Tribunal entendió que no procedía declarar la nulidad del mencionado precepto.

En consecuencia, el Tribunal estimó parcialmente el recurso, ordenando la anulación de los artículos 3, 6, 7 y último párrafo del artículo 10 respecto de la exigencia de póliza de seguro de responsabilidad civil ilimitada.

Jurisprudencia en la materia

En este mismo número, sobre la impugnación de una compañía telefónica de una ordenanza relativa a las instalaciones de telefonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cantabria, de 14 de marzo de 2003.

Sobre la competencia municipal en la materia, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/658), y STS de 18 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/8744).

Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Competencia de los entes locales en materia de instalaciones de telecomunicación

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1741/2001
FECHA: 16 de abril de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Joaquín Moreno Grau
DEMANDANTE: Compañía de telefonía móvil
DEMANDADO: Ayuntamiento de Totana
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 25.f) de la Ley de bases del régimen local (LBRL); artículo 17 de la Ley de ordenación de las telecomunicaciones (LOT), y artículos 43 y siguientes de la Ley general de telecomunicaciones; Ordenanza reguladora sobre instalación de antenas de telecomunicaciones, aprobada por el Ayuntamiento de Totana
DOCTRINA: Competencia de los entes locales en materia de instalaciones de telecomunicación (FJ 2)

SUPUESTO DE HECHO

Una compañía de telefonía móvil interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la ordenanza del Ayuntamiento de Santiponce sobre la instalación y el funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación, interesando la nulidad de determinados preceptos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal centró su análisis en la atribución de competencias en la materia, prestando especial atención a la colisión competencial entre la competencia exclusiva estatal sobre las comunicaciones y las competencias de las corporaciones locales, que pueden entrar en conflicto cuando éstas ejercen sus competencias en materia de urbanismo y medio ambiente, como es el caso de la instalación de estaciones de telefonía móvil dentro de un término municipal.

Telecomunicaciones y urbanismo

En cuanto a la compatibilidad de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones con el ejercicio de la competencia municipal en materia de urbanismo, el Tribunal hizo una primera aclaración, resaltando la necesidad de distinguir entre "el servicio de telecomunicaciones, en sí mismo considerado, y otro es el demanial, afectado por la canalización de la red soporte del servicio por cable, en la medida en que la prestación de dicho servicio requiera un indispensable componente de infraestructura que utilice pertenencias del dominio público, singularmente municipal". (FJ 2)

Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) llevaba y lleva aparejada el derecho de ocupación del dominio público en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 de la LOT y 43 y ss. de la LGT). Por consiguiente, los ayuntamientos, titulares del dominio público solicitado no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ahora bien, una cosa es esta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla". (FJ 2)

"Por el contrario, la regulación adecuada de la utilización del dominio público por parte de las empresas de servicios es una cuestión esencial dada la saturación y el desorden que puede producirse en las instalaciones [...]. En suma, no es posible negar a los ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales." (FJ 2)

Llegado a este punto, y reiterando lo ya declarado en otra ocasión por el Tribunal Supremo, el Tribunal declaró lo siguiente:

"a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal que exija el tendido de redes, cables o [...] instalaciones o canalizaciones.

"b) La competencia municipal se orienta a la preservación de intereses municipales y la normativa de régimen local especialmente concernida es la relativa a bienes y servicios municipales y planeamiento urbanístico. Por consiguiente, los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública.

"c) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar." (FJ 2)

Asimismo, el Tribunal declaró que:

"La colisión de competencias justifica que la normativa municipal se realice teniendo en cuenta los diferentes intereses en presencia y, especialmente, el interés público representado en el ejercicio de las competencias estatales sobre las telecomunicaciones. Sobre esta base resulta inconcebible que se realice una regulación urbanística afectante a la red de telecomunicaciones por ondas sin intervención de la Administración del Estado." (FJ 2)

Telecomunicaciones y medio ambiente

Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo que sigue:

"[...] parece fuera de toda duda que los ayuntamientos, a través de los instrumentos de planeamiento, pueden establecer condicionamientos paisajísticos o estéticos que pueden calificarse de medioambientales. El problema se plantea con relación a las medidas medioambientales que inciden en el establecimiento de niveles de emisión o de distancias de seguridad por los ayuntamientos." (FJ 2)

"Al contemplar la realidad de la normativa municipal reguladora del establecimiento de estaciones base de telefonía móvil se aprecia cómo los ayuntamientos están introduciendo normas

de protección ambiental, bien imponiendo niveles máximos de emisión radioeléctrica, bien fijando distancias mínimas de situación de las estaciones." (FJ 2)

"La pregunta que cabe formularse es si están los ayuntamientos habilitados para dictar estas normas adicionales de protección." (FJ 2)

Sobre dicha cuestión, el Tribunal declaró que:

"[...] debe entenderse que los ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección. El artículo 25.f) de la LBRL les otorga competencia en materia de medio ambiente en los términos de la legislación del Estado o de las comunidades autónomas. Por consiguiente, salvo que exista una habilitación legal expresa que les confiera la posibilidad de establecer normas más rigurosas en el ámbito del municipio, su actuación deberá limitarse, como veremos, a comprobar el respeto de los niveles de emisión radioeléctrica y distancias fijadas en la normativa estatal o, en su caso, autonómica." (FJ 2)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la impugnación de una compañía telefónica de una ordenanza relativa a las instalaciones de telefonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cantabria, de 14 de marzo de 2003.

Sobre la atribución del Estado y las entidades locales en la materia, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/331), y STS de 18 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/8744).

Sobre la relación de los instrumentos de planeamiento urbanístico como instrumento a través del cual se materializa el ejercicio de las competencias, ver las siguientes sentencias: STS de 26 de febrero de 1982 (Aranzadi 1982/1642); STS de 7 de mayo de 1985 (Aranzadi 1985/5679); STS de 13 de noviembre de 1986 (Aranzadi 1986/6651); STS de 15 de octubre de 1988 (Aranzadi 1988/8035); STS de 23 de noviembre de 1993 (Aranzadi 1993/8518); STS de 22 de abril de 1996 (Aranzadi 1996/4574); STS de 24 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/7465); STS de 27 de noviembre de 1996 (Aranzadi 1996/8295); STS de 17 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/9523), y STS de 2 de noviembre de 1999 (Aranzadi 1999/8776), entre otras.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Solicitud de entrada a un local para proceder a la extracción de bienes muebles embargados y adjudicados en venta por gestión directa

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 361/2002
RESOLUCIÓN: 195/2003
FECHA: 4 de marzo de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. José Antonio Alberdi Larizgoitia
APELANTE: Tesorería General de la Seguridad Social
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 87.2 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ)
DOCTRINA: Solicitud de entrada a un local para proceder a la extracción de bienes muebles embargados y adjudicados en venta por gestión directa (FJ 1, 3 y 4)

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Bilbao denegó la autorización de entrada en un local para extraer del mismo los bienes muebles embargados y adjudicados en venta por gestión directa, ante la negativa del propietario del local.

El auto apelado había denegado la entrada por considerar que el acto administrativo que se intentaba ejecutar carecía de la apariencia de legalidad necesaria, por cuanto, tras el correspondiente juicio de desahucio, en la diligencia de lanzamiento los bienes que se hallaban en el inmueble fueron tenidos por abandonados y adquirida su propiedad.

Contra dicho acto, la Tesorería General de la Seguridad Social interpuso un recurso de apelación, siendo éste estimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Tesorería General de la Seguridad Social alegaba que "la legalidad intrínseca del acto que se trata de ejecutar, consistente en la venta por gestión directa de la maquinaria que se halla depositada en el inmueble, está fuera de toda duda y la ejecutividad del acto también, y que es irrelevante el abandono de los bienes embargados por el deudor en el procedimiento de desahucio, ya que la valoración de dicha cuestión excede del presente procedimiento, y que el propietario del inmueble que se opuso a la entrada alegando que adquirió los bienes tras ser abandonados debió plantear una tercería de dominio ante la Dirección Provincial de la TGSS si lo que pretendía es la propiedad de dichos bienes". (FJ 1)

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] al juez de lo contencioso-administrativo le corresponde valorar 'la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo [...], verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él por el artículo 87.2 de la LOPJ y, por último, garantizar que la irrupción en estos lugares se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente necesarias'." (FJ 3)

Así, estudiando la sentencia apelada, el Tribunal observó lo siguiente:

"[...] la sentencia apelada parte de la aparente legalidad del acto que la TGSS trata de ejecutar y, en el marco de las funciones de control anteriormente descritas, sólo encuentra frente a su ejecutividad la circunstancia obstativa de la eventual propiedad de los bienes por parte del dueño del local en el que se hallaban depositados, como consecuencia de su abandono por el deudor, a la sazón depositario de ellos (artículo 128.2 del RGRSS –Real decreto 1637/1995, de 6 de octubre), por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social." (FJ 3)

Sin embargo, según el Tribunal, en un supuesto como el controvertido, "La respuesta que el ordenamiento jurídico da a dicha controversia no es precisamente la de enervar la ejecutividad del acto, sino, como postula la TGSS en su recurso, la posibilidad que asiste al dueño del local que pretende la propiedad de los bienes de plantear una tercería de dominio ante la propia TGSS y frente a su denegatoria ante el orden civil de la jurisdicción (artículo 173 y siguientes del RGRSS". (FJ 4)

Por ello, el Tribunal consideró que procedía estimar el recurso de apelación, revocando y dejando sin efecto la sentencia dictada y autorizando a la Tesorería General de la Seguridad Social a la entrada solicitada.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el deber del juez de lo contencioso-administrativo de valorar la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo, ver las siguientes sentencias: STC 137/85 (Aranzadi 1985/137), y STC 160/91 (Aranzadi 1991/160).

Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Convenios urbanísticos y modificación de planes generales de ordenación urbana

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1446/1998
RESOLUCIÓN: 452/2003
FECHA: 29 de mayo de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco Salto Villén
DEMANDANTE: Asociación de vecinos
DEMANDADO: Ayuntamiento de Avilés
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 47 de la CE; artículo 146.2 de la Ley de haciendas locales (LHL), y artículo 10 del Real decreto 500/1990, de 20 de abril
DOCTRINA: Convenios urbanísticos y modificación de planes generales de ordenación urbana (FJ 2, 3, 4, 5 y 6)

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Avilés aprobó un proyecto de urbanización y accesos a cierta finca, presentado por un centro comercial. Contra dicho acuerdo, una asociación de vecinos interpuso recurso contencioso administrativo, por considerarlo ilegal. El Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la nulidad del acto impugnado, aduciendo la nulidad del convenio urbanístico y la modificación puntual posterior del Plan general de ordenación urbana de Avilés (PGOU), y ello porque el Convenio tenía por objeto una modificación del PGOU de Avilés, que es potestad administrativa sujeta a interés público.

El Tribunal rechazó dicho motivo de alegación. Al respecto, citó la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los convenios urbanísticos, indicando al respecto lo siguiente:

"[...] los convenios son instrumentos facilitadores de la actuación urbanística que sirven para eliminar los puntos de fricción entre Administración y administrados *ab initio*, no siendo meros actos de trámite, sino que se dirigen a preparar y poner en marcha una actuación urbanística posterior, constituyendo una realidad o un acto sustantivo e independiente del procedimiento de modificación o revisión del plan, de modo que el convenio previo y la modificación posterior del plan aparecen como realidades autónomas e independientes [...]" (FJ 2)

Asimismo, el Tribunal señaló que:

"[...] dichos convenios son verdaderos contratos o convenciones que producen para ambas partes contratantes los efectos previstos en el artículo 1257 del Código civil; si bien se matiza que el interés público que justifique la potestad del planeamiento no puede encontrar límites en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados, aunque en caso de incumplimiento del convenio por parte de la Administración, por dicha limitación, daría lugar a un derecho de indemnización a favor de dicho incumplimiento contractual por parte de la Administración." (FJ 2)

En cuanto a la vigencia de los mismos, el tribunal declaró que:

"[...] los convenios adquieren vigencia, o mejor, producen efectos urbanísticos, cuando se incorporan al plan y, una vez incorporados corren la misma suerte que el plan, de modo que serán nulos cuando existan determinaciones del planeamiento que lo sean [...]."

Finalmente, el Tribunal destacó la distinción hecha por la jurisprudencia de varios tipos de convenio, declarando que:

"[...] hay que diferenciar entre convenio de gestión urbanístico y los convenios de planeamiento, pues mientras los primeros se concluyen para la gestión o ejecución del planeamiento ya aprobado, los segundos, como el que ahora se enjuicia, constituyen una manifestación de una actuación convencional frecuente en las administraciones públicas que tiene por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor, pero constituyendo el convenio, como se ha dicho, una realidad o acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del plan de que se trate, de modo que el convenio no queda afectado en su validez por las vicisitudes de la modificación que es una actuación posterior." (FJ 2)

De lo expuesto, el Tribunal concluía que se podía deducir fácilmente la validez de los convenios cuyo objeto fuera una modificación del PGOU y, por tanto, la validez del acto impugnado.

El recurrente también alegaba que el convenio debía considerarse nulo por no adecuarse al interés público, y por falta de motivación.

Al respecto, el Tribunal negó la existencia de cualquier prueba de que el convenio y la posterior modificación del PGOU hubieran sido contrarios al interés urbanístico y, por el contrario, sí constaba un interés general para llegar a celebrarlo, por lo que entendía que también debía caer esa alegación. El interés público aludido por el Tribunal radicaba en "[...] la creación de puestos de trabajo para trabajadores desempleados del municipio, y el compromiso de impartir cursos de formación para los mismos". (FJ 3)

Según el Tribunal, también llevaba a dicha conclusión el hecho de que "la modificación ulterior del Plan general de ordenación urbana ha cumplido con los principios de racionalidad y audiencia de todos los interesados, a los que se refiere la parte recurrente, pues como ya se ha dejado sentado, el convenio desde el punto de vista urbanístico adquiere efectividad y vigencia (urbanística se entiende) cuando lo previsto en dicho convenio se incorpora al plan". (FJ 3)

Al respecto, éste señaló finalmente que:

"[...] frente a esta alegación ha de traer a colación la doctrina jurisprudencial según la cual la potestad de planeamiento, tiene naturaleza innovativa incluso superior a la meramente discrecional, de la que debe presumirse su legalidad, salvo desviación de poder, notorio error de hecho, incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que es presupuesto inexorable; y en el caso de autos no hay demostración de la existencia de ninguno de esos vicios [...]." (FJ 4)

El Tribunal también negó que, como alegaba el recurrente, se pudiera predicar la nulidad del convenio por obligar al Ayuntamiento a dictar actos contrarios a derecho. El recurrente lo veía así porque consideraba que, de un lado, lo único que se pretendía con el convenio era la obtención de fondos, con desviación de poder, y, de otro, porque se vulneraba el artículo 146.2 de la LHL. El Tribunal aportó los siguientes motivos:

"[...] primero, porque es lícita la contrapartida dineraria convenida a favor del Ayuntamiento, por aplicación del principio de constitucional proclamado en el artículo 47 de la Constitución, y recogido en la legislación ordinaria (artículo 3 de la Ley 6/1998, de 13 de abril) que establece la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos; y en segundo lugar, porque, contrariamente a lo alegado por la parte actora, el artículo 146.2 de la vigente Ley de haciendas locales, desarrollada por el Real decreto 500/1990, de 20 de abril, establecen, el primer precepto, que los recursos se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones como señala la parte, pero añade: 'salvo en el caso de ingresos específicos afectados a fines determinados'; y el artículo 10 del citado reglamento, en su apartado segundo, añade, que 'sólo podrán afectar a fines determinados aquellos recursos que, por su naturaleza o condiciones específicas tengan una relación objetiva y directa con el gasto a financiar, salvo en los supuestos expresamente establecidos en las leyes'." (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal trajo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual:

"[...] la impugnación indirecta de disposiciones, con ocasión del recurso contra el acto de aplicación, no puede desorbitarse hasta el extremo de abrir sin límites la impugnación de la norma de cobertura, precisando que con excusa del recurso indirecto no se pueden atacar aspectos que no tengan relación directa e inmediata con el acto o, norma, pretendiendo una declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico desligada del acto de aplicación, como ocurre en el caso enjuiciado respecto de esta alegación que nada tiene que ver con la posible ilegalidad del proyecto aprobado de accesos a la finca La Tejera, que es el acto impugnado, razón por lo que desde esta perspectiva no se puede admitir ni la impugnación del Convenio, ni de la modificación del Plan general de ordenación urbana." (FJ 5)

Finalmente, el recurrente alegaba la nulidad del convenio por calificar el suelo como urbano cuando no concurrían los requisitos previstos legalmente para ello. Al respecto, el Tribunal recordó lo declarado por el Tribunal Supremo a propósito de un convenio que pretendía la instalación de un centro comercial, en el que se había acordado la posibilidad de solicitar licencia de edificación antes de que los terrenos estuvieran totalmente urbanizados, y, precisamente en el convenio se adquiría el compromiso por parte de la mercantil de verificar todas las obras de urbanización necesarias para que el suelo, finalmente, llegara a tener la condición de solar. Asimismo, el Tribunal recordó que:

"A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la instalación de grandes centros comerciales ha sido una de las actuaciones admitidas por el Tribunal Supremo, de las que predica que concurren en ellas un interés general necesario para permitir su instalación en suelo no urbanizable." (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los convenios urbanísticos, ver las siguientes sentencias: STS de 15 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/1448); STS de 15 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/1677; STS de 7 de noviembre de 1990; STS de 31 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/2225); STS de 19 de febrero de 1992 (Aranzadi 1992/2968); STS de 19 de diciembre de 1993 (Aranzadi 1993/9561), y STS de 31 de enero de 2002.

Negando que un convenio y posterior modificación de un PGOU fueran contrarios a los intereses urbanísticos, ver la siguiente sentencia: STSJ de Asturias de 29 de mayo de 2003.

Atribuyendo naturaleza innovativa a la potestad de planeamiento, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de noviembre de 1981; STS de 11 de julio de 1987 (Aranzadi 1987/8285), y STS de 20 de diciembre de 1990 (Aranzadi 1990/10049).

Admitiendo que en la instalación de grandes centros comerciales concurre un interés general necesario para permitir su instalación en suelo no urbanizable, ver las siguientes sentencias: STS de 13 de julio de 1984 (Aranzadi 1984/4675); STS de 25 de febrero de 1985 (Aranzadi 1985/2642); STS de 9 de diciembre de 1986 (Aranzadi 1987/1023); STS de 9 de julio de 1987; STS de 29 de septiembre de 1987 (Aranzadi 1987/8270), y STS de 9 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/9234).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Enajenación mediante concurso público de determinadas parcelas de titularidad municipal destinadas a construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública. Principio de igualdad

SUPUESTO DE HECHO

El Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid resolvió como revisión de oficio el recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo por el que se disponía que se anunciara la enajenación mediante concurso público de determinadas parcelas de titularidad municipal destinadas a construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública.

Contra ello, fue interpuesto recurso contencioso-administrativo. El recurrente solicitaba que se declarara la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de los actos administrativos impugnados y consecuentemente de las adjudicaciones de suelo que en virtud de la valoración atribuida en los pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas impugnados al criterio de la "demanda social estructurada" se hubieran efectuado por el Ayuntamiento de Madrid a favor de las sociedades cooperativas. El recurrente consideraba que quedaban limitadas de forma injustificada las posibilidades de adjudicación para cualquiera persona física o jurídica que concurriera a la licitación bajo una forma distinta a la de cooperativa de viviendas, lo que suponía una vulneración del principio de igualdad (artículo 14), lo que representaría una causa de nulidad [artículo 62.1.a)].

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 2328/1996
RESOLUCIÓN: 364/2003
FECHA: 6 de marzo de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez
DEMANDANTE: Asociación de promotores inmobiliarios
DEMANDADO: Ayuntamiento de Madrid
CODEMANDADO: Grupo inmobiliario
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1, 9.3 y 14 de la CE, y artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
DOCTRINA: Enajenación mediante concurso público de determinadas parcelas de titularidad municipal destinadas a construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública. Principio de igualdad (FJ 4)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó las alegaciones hechas por el recurrente en relación con la denominada "demanda social estructurada". Al respecto, el Tribunal analizó el contenido y los límites del principio de igualdad, declarando lo siguiente:

"[...] el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la CE, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. La apreciación de en qué medida la ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (artículo 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (artículo 9.1 y 3, relativo a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria." (FJ 4)

En relación con el principio de igualdad, el Tribunal citó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que:

"[...] se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando, que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la CE, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. La apreciación de en qué medida la ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador, con el único límite de que no dé lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma, ni, como resulta obvio, contra la esencia misma del propio principio de igualdad, que rechaza toda distinción de trato que por su alcance no sea objetiva ni razonable y que, por tanto, haya de calificarse de discriminatoria; la justificación de la desigualdad debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida." (FJ 4)

A la vista de las anteriores consideraciones, el Tribunal consideró que el acuerdo impugnado no revestía trato discriminatorio para aquellas personas que se presentaran al concurso bajo forma distinta a la cooperativa de viviendas, por lo que desestimó el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el principio de igualdad, ver las siguientes sentencias: STEDH de 23 de julio de 1968 (JUR 2000, 311044), y STEDH de 27 de octubre de 1975 (JUR 2000/311052).

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. Ruidos producidos por una industria. Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Responsabilidad extracontractual

SUPUESTO DE HECHO

Varios particulares instaron juicio de menor cuantía contra una entidad de vegetales congelados y el Ayuntamiento de Alzaguas, sobre indemnización por daños y perjuicios. Los actores solicitaban que se condenara solidariamente a los demandados a satisfacerles, en concepto de daños morales, la suma de 100.000 pesetas para cada miembro de la unidad familiar, y se condenara a ambos demandados a indemnizar a los mismos la suma de 17.945.408 pesetas más el interés legal por la pérdida de valor de su domicilio, ofreciendo éstos la entrega de su domicilio a cambio de dicha cantidad.

El juzgado correspondiente estimó la demanda, pronunciándose como sigue:

"A) debo condenar solidariamente a ambos demandados a satisfacer, en concepto de daños morales a los actores, la suma de cien mil pesetas mensuales por cada miembro de la unidad familiar (es decir, cuatrocientas mil pesetas mensuales) desde el mes de diciembre de 1990 y hasta tanto cese la injerencia que constituye el objeto del presente litigio. B) Condenar solidariamente a ambos demandados a indemnizar a los actores en la suma de diecisiete millones novecientas cuarenta y cinco mil cuatrocientas ocho pesetas, más el interés legal desde la fecha de esta interpelación judicial, por la pérdida del valor de su domicilio, debiendo los actores entregar su domicilio contra

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 2527/1997
RESOLUCIÓN: 431/2003
FECHA: 29 de abril de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. José Almagro Nosete
DEMANDANTE: Particulares
DEMANDADOS: Empresa de congelados y Ayuntamiento de Alguazas
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE; artículo 7 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; artículo 8.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos; artículo 1124 (sic) del Código civil, y artículos 2.1.c) y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
DOCTRINA: Ruidos producidos por una industria. Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Responsabilidad extracontractual (FJ 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 12)

entrega de esta suma de dinero. C) Imponer las costas a ambos demandados solidariamente."

Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, la Audiencia Provincial de Murcia estimó parcialmente el recurso, revocando parcialmente la resolución recurrida, debiendo los demandados indemnizar a los actores en las siguientes cantidades:

"1) Por perjuicios morales la renta mensual correspondientes al alquiler mensual de la vivienda que se determinará en ejecución de sentencia con arreglo a las bases expuestas en el párrafo 2.º del fundamento de derecho octavo de esta sentencia, y que abarcará el período comprendido entre el 21 de mayo de 1991 y el día en que cese la injerencia que constituye el objeto del presente litigio, devengando el interés del 921 de la Ley de enjuiciamiento civil desde su concreción por el Juez. 2) Por la pérdida del domicilio la cantidad de 17.001.892 pesetas más los intereses legales desde el 24 de diciembre de 1996, debiendo los actores entregar a cambio su vivienda cuando le sea satisfecho su importe. 3) No se hace especial pronunciamiento de las costas devengadas en ambas instancias."

Tanto el Ayuntamiento demandado como la empresa de congelados recurrieron en casación la mencionada resolución.

El Tribunal Supremo desestimó los recursos interpuestos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

1. Recurso del Ayuntamiento demandado

Abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

El recurrente alegaba como primer motivo de casación que "la competencia judicial, para conocer de la acción que ejercitan los demandantes contra el Excmo. Ayuntamiento de Alguazas, corresponde, de forma exclusiva y excluyente, a los tribunales del orden contencioso-administrativo". (FJ 1)

En relación con el fundamento normativo de dicha alegación, el recurrente declaró lo siguiente:

"[...] se plantea al amparo del número uno del artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil (precedente a la actual), por abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción con referencia al artículo 5.4 de la Ley orgánica del poder judicial y al artículo 24.2 de la Constitución española, y por aplicación indebida de los artículos 2.1.c) y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, así como por no aplicación de los artículos 1.1 y 3, apartados b) y c), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, en relación con los artículos 5.1, 9.4, 6, 10 y 24 de la Ley orgánica del poder judicial 6/1985, de 1 de julio, 3.1 del Código civil y 533.1 y 542 de la Ley de enjuiciamiento civil y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo." (FJ 1)

Asimismo, el recurrente destacó el hecho de "no ser la única demandada en el proceso".

Sin embargo, el Tribunal aclaró que:

"[...] son las conductas concurrentes de los codemandados los que concasualmente provocan y mantienen el daño indemnizable, según patrón de las llamadas doctrinalmente obligaciones *in solidum*, cuyo vínculo origina la condena." (FJ 1)

Por ello, consideró que quedaban justificadas las razones dadas por la sentencia de instancia para rechazar dicha excepción, por cuanto "[...] dado que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sólo es aplicable cuando sea demandada de forma exclusiva la Administración, conforme a la Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa, así como a la Ley 30/1992. de 26 de noviembre, sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial, pero no en los supuestos en que, junto a la Administración se demanda a un particular y existe una relación de corresponsabilidad en los hechos; en el presente caso, la condena de ambos procedería de un mismo resultado: perjuicios a los actores por la actividad molesta [...] por no adoptar las medidas tendentes a evitarlas por parte del Ayuntamiento lo que equivaldría a una responsabilidad de tipo solidario." (FJ 1)

Inversión de la carga de prueba en relación con el nivel de ruidos

Por su parte, en relación con la carga de la prueba, el recurrente alegaba infracción del artículo 1124 (*sic*) del Código civil, "[…] al invertir la misma el juez *a quo*, en lo referente al nivel de ruidos emitidos por la industria y los que se perciben en la vivienda, con referencia al artículo 9.3 de la Constitución española". (FJ 3)

El recurrente se basaba en ciertas declaraciones fácticas que establecían lo siguiente:

"[...] los ruidos tienen la consideración de intolerables a pesar de no haberse practicado la correspondiente prueba por medio del sonómetro [...] la empresa demandada produce unas molestias por su actividad que no debe sufrir la actora, y, por otro lado que el Ayuntamiento no ha adoptado las medidas que le exige la reglamentación sobre actividades molestas de 1961, razón por la cual deben indemnizar a los demandantes, en la forma que posteriormente se determina, puesto que el hecho de que no se haya medido por medio de sonómetro los decibelios que el actor debe soportar no impide considerar como intolerables, los ruidos [...]."

Sentado lo anterior, el Tribunal declaró que:

"[...] si los demandados entendían que los ruidos estaban dentro de los límites permitidos para las actividades industriales debieron haber aportado alguna prueba practicada al respecto con un aparato medidor del sonido, sin que pueda servirles de excusa el que el demandado (*sic*) no le permitía realizar las oportunas mediciones pues nada les impedía, al menos, tomarlas desde el exterior de la finca para comprobar si los ruidos sobrepasaban los límites exigidos: [...]." (FJ 3)

Al respecto, el Tribunal, declaró lo siguiente:

"[...] el principio de atribución de carga de la prueba que establece el citado artículo 1214 es un principio supletorio para el caso de que las partes no hayan desarrollado actividad probatoria, dentro de sus posibilidades, según su situación y disponibilidad de medios [...]. El artículo 1214, como reiteradamente ha dicho este Tribunal, no tiene otro alcance que el de determinar los efectos que la carencia absoluta de pruebas produce en un proceso; establecer quién ha de soportar la falta de pruebas, pero tal precepto sólo será posible infringirlo cuando efectivamente haya absoluta falta de prueba."

Por lo expuesto el Tribunal desestimó dicho motivo.

Vulneración del artículo 8.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos

Finalmente, el recurrente alegaba la infracción de los artículos 8.1 del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos, citando asimismo la jurisprudencia en relación con la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El recurrente discrepaba del parecer de la sentencia recurrida. En ésta se había declarado que:

"[...] los ruidos excesivos y molestos deben ser indemnizados al amparo de la protección a la intimidad familiar y pueden incardinarse dentro de las intromisiones ilegales previstas en el artículo 7 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen."

Por el contrario, en relación con la ley orgánica, el recurrente destacó que en su artículo 7, que establece cuáles son las

actuaciones que tienen la consideración de intromisiones legítimas en el ámbito de protección que se consagra en el artículo 18.1 de la Constitución, "[...] no se incardina en ninguna de las referidas actuaciones [...]. Pero lo que no deja lugar a dudas, [...] es que la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es sólo de aplicación en las intromisiones que devienen del mal ejercicio de las libertades de expresión que se recogen en el artículo 20.4 de la Constitución española". (FJ 5)

Sobre dicha cuestión, el Ministerio Fiscal recordó que:

"[...] el planteamiento que se hace sobre la tipología de las intromisiones ilegítimas pretendiendo implícitamente que se circunscriba a los concretos supuestos del artículo 7 [...] ya fue rechazado por esta Sala [...] que ante la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y, con apoyo en el propio texto normativo, se atiene a la realidad de su vulneración más que a los medios con que aquélla se realice." (FJ 6)

El Tribunal estuvo de acuerdo con dichos planteamientos, a los que añadió lo siguiente:

"Ello es particularmente exigible en aquellos derechos fundamentales, como el de la intimidad, cuya noción o determinación conceptual fuera de su vaga definición como, 'derecho a ser dejado en paz', equivalente a derecho a la soledad y a la tranquilidad, obliga a caracterizarlos desde la perspectiva de los actos concretos que inciden en su contenido o núcleo esencial. En ese sentido, la protección a la intimidad no queda reducida a la evitación y proscripción de la divulgación de la vida privada o la penetración no autorizada en el ámbito en que se desarrolla la vida privada. Nuevas formas o nuevos procedimientos que alteran gravemente la paz familiar y el entorno en que se desarrolla la vida íntima o privada constituyen manifestaciones de intromisión ilegítima frente a las cuales cabe y es obligada la tutela judicial [...]." (FJ 6)

Por lo expuesto el Tribunal acordó desestimar el motivo.

2. Recurso del demandante

Falta de intervención del Ministerio Fiscal

El recurrente alegaba que se había producido un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al haberse infringido el artículo 12.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, por no haber sido citado, como parte, en todo el procedimiento el Ministerio Fiscal.

Al respecto, tras recordar que no se ha seguido por la vía del especial establecido por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sino por el cauce del proceso ordinario, el Tribunal declaró que:

"[...] la práctica de omitir, al no constar establecida de una manera tajante, la intervención del Ministerio Fiscal en asuntos que versan sobre derechos fundamentales si no se sigue el procedimiento especial, no es conforme, con la interpretación sistemática de las funciones del Ministerio Fiscal, no obstante, que dicha irregularidad procesal deba subsanarse con su intervención ya sea de oficio, ya sea a instancia de parte, una vez advertida la falta." (FJ 7)

Por tanto, el Tribunal consideró que no se había vulnerado el mencionado precepto.

Intromisión del derecho a la intimidad

La sentencia recurrida había declarado que "los ruidos excesivos y molestos deben ser indemnizados al amparo de la protección a la intimidad familiar y pueden incardinarse dentro de las intromisiones ilegales previstas en el artículo 7 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo".

Al respecto, el recurrente alegaba que "aun cuando hipotéticamente, a los meros efectos dialécticos, mantuviéramos que la Ley orgánica 1/1982 si es aplicable a los hechos debatidos, debería concluirse, con respecto a mi representada, que su conducta no es constitutiva de 'intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los actores' por aplicación del artículo 8.1 de la misma, a tenor del cual 'no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas, las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley [...]', puesto que, como ha quedado acreditado (documento número seis de la contestación a la demanda formulada por el Ayuntamiento codemandado), mi representada, por hallarse ubicada en zona industrial, goza de licencia para ejercer su actividad, autorización conferida por la autoridad competente". (FJ 8)

Sin embargo, Tribunal declaró que "[...] el derecho a la intimidad conforme se razona en el fundamento cuarto, referido al recurso precedente, ha cobrado una mayor dimensión que, en cierto modo, espiritualiza su finalidad, relacionándolo con el ámbito propio de la personalidad, que debe ser protegido de cualquier injerencia o inmisión que pueda perturbarlo, expresamente dentro del recinto domiciliario. Tampoco las 'autorizaciones' administrativas para desarrollar una determinada actividad que resulte perjudicial para este ámbito eximen o justifican *per se* la intromisión". (FJ 9)

Concesión de licencia municipal como cobertura que habilite para la generación de ruidos

En relación con la alegación según la cual la concesión de licencia municipal confería cobertura habilitante para la generación de ruidos, y que, por tanto, "justifique el sacrificio de la intimidad a favor del progreso social", el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] la autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados, dato esencial para la legitimación de la lesión a la intimidad. En segundo término porque, desde la perspectiva del valor y significado del derecho fundamental a la intimidad, y tomando en consideración la conocida preexistencia de la vivienda, incumbía tanto a la corporación, como a la propia empresa, la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable, circunstancia que evidencia la adecuada imputación a los codemandados, por acción y por omisión, en que se fundamentó el fallo judicial, imputación subsumible en la categoría de la responsabilidad extracontractual cuyo núcleo radica en la conducta dolosa o negligente –conducta contraria el deber de cuidado exigible en el tráfico– y no en su inicial licitud o ilicitud [...]. Finalmente, resta por señalar que el ejercicio conjunto de dos acciones, la acción de intromisión ilegítima y la acción de responsabilidad extracontractual no implica un defecto de planteamiento –no son acciones contradictorias [...]– ni imposibilitan que por el juego del principio *iura novit curia* el órgano judicial resuelva la cuestión aplicando una u otra acción." (FJ 10)

Tales razonamientos llevaron al Tribunal a la desestimación del motivo.

Responsabilidad extracontractual. Existencia de perjuicio indemnizable (artículo 1902 del Código civil)

Por último, acerca de si la actividad desarrollada por la empresa demandada y no controlada adecuadamente por el Ayuntamiento de Alguazas había producido unos perjuicios a los actores susceptibles de ser indemnizados, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] debemos aceptar los acertados argumentos empleados por la Juez de Instancia al haber valorado correctamente la prueba practicada que esta Sala asume y que viene a concluir que los ruidos tienen la consideración de intolerables a pesar de no haberse practicado la correspondiente prueba por medio del

sonómetro, y ello por cuanto ha acreditado que: 1) La casa existía ya antes de construirse la fábrica y por supuesto antes de otorgarse por el Ayuntamiento demandado la licencia de apertura, [...] 2) Los ruidos provenientes de la carga y descarga de camiones y de la actividad propia de la fábrica tienen un alcance intolerable." (FJ 12)

Lo expuesto llevó al Tribunal a la misma conclusión que el Tribunal de instancia, "en el sentido de que la empresa demandada produce unas molestias por su actividad que no debe sufrir la actora, y por otro lado, el Ayuntamiento no ha adoptado las medidas que le exige la reglamentación sobre actividades molestas de 1961, razón por la cual deben indemnizar a los demandantes. Consecuentemente, el motivo perece". (FJ 12)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la inversión de la carga de prueba, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de octubre de 1994 (Aranzadi 1994/8126); STS de 8 de marzo de 1996 (Aranzadi 1996/1936); STS de 9 de enero de 1991 (Aranzadi 1991/293), y STS de 2 de junio de 1995 (Aranzadi 1995/4594).

Sobre la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ver las siguientes sentencias: STEDH de fecha 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3), asunto López Ostra, y STEDH de fecha 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990/4) asunto Powell y Rayner, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este mismo número, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de mayo de 2003; y Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 28 de marzo de 2003.

Sobre la existencia de manifestaciones de intromisiones ilegítimas que alteran gravemente la paz personal y familiar y el entorno en que se desarrolla la vida íntima o privada frente a las cuales cabe y es obligada la tutela judicial, ver las siguientes sentencias: STC de 24 de mayo de 2001; STEDH de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990/4), caso Powell y Rayner, y STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3), caso López Ostra.

Sobre las intromisiones ilegítimas y la responsabilidad extracontractual, ver la siguiente sentencia: STS de 18 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2000/10124), y STC 90/1985 y 92/1985.

F) Jurisdicción penal

Audiencia Provincial de Sevilla. Delitos de detención ilegal, torturas y delito contra los derechos individuales. Faltas de lesiones y maltratos. Diferencia entre falta de lesiones y torturas

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Sevilla. Sección Cuarta. Jurisdicción penal. Procedimiento abreviado núm. 51/2002
FECHA: 31 de marzo de 2003
RESOLUCIÓN: 168/2003
PONENTE: Ilma. Sra. Margarita Barros Sansiforiano
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 163.1, 167, 174, 617.1 y 2, y 530 del Código penal
DOCTRINA: Delitos de detención ilegal, torturas y delito contra los derechos individuales. Faltas de lesiones y maltratos. Diferencia entre falta de lesiones y torturas (FJ 1, 2 y 3)

SUPUESTO DE HECHO

Un cabo de la Policía Local de Sevilla, mientras prestaba sus servicios en el recinto de la Feria de Abril, requirió a un grupo de cuatro jóvenes, por coincidir las características de algunos de ellos con las de unos jóvenes que horas antes habían sustraído una gorra de un policía. Todos los jóvenes se identificaron, a excepción de C. A., que no llevaba consigo su documentación. En la caseta de la Policía Local sita en el recinto ferial, un testigo del robo identificó a C. A. y L. A. como las personas que habían cogido la gorra. Cuando éstos estaban en el interior de la caseta, el agente les informó por separado que serían imputados de la sustracción de la gorra, propinándoles varios manotazos por considerar la actitud de los jóvenes altiva y "chulesca", al tiempo que profería expresiones como "chulos madrileños, hijos de puta". Tras ello, el mencionado agente ordenó que se condujera a C. A. a las dependencias policiales para que se procediera a su identificación. Tras ello, el joven fue puesto en libertad. También se ordenó el traslado de L. A. pese estar debidamente identificado. Éste fue conducido a las dependencias policiales por dos agentes no identificados.

Cuando ambos jóvenes abandonaron las dependencias policiales, los cuatro jóvenes acudieron, tras sentarse en una terraza, a un centro médico, donde fueron atendidos de las leves contusiones faciales causadas por el agente, de las que curaron en tres días con una sola asistencia médica y sin ningún impedimento para sus ocupaciones actuales.

La Audiencia Provincial de Sevilla condenó al acusado como autor de un delito de detención ilegal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante cuatro años, y como autor de dos faltas de lesiones, a la pena de dos meses de multa, con una cuota diaria de 6 euros, debiendo indemnizar a las víctimas en la suma de 90 euros por lesiones a cada uno de ellos y a la segunda de ellas en la suma de 600 euros por la detención ilegal, absolviendo a los otros dos acusados del delito de detención ilegal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Delitos de detención ilegal (artículo 530 del Código penal) y falta de lesiones (artículo 617 del Código penal)

La Audiencia Provincial de Sevilla consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de detención ilegal (artículo 530 del Código penal) y de dos faltas de lesiones (artículo 617 del Código penal), siendo autor el acusado.

Varios hechos hicieron a la Audiencia "llegar a la conclusión de la realidad de la agresión de que los denunciantes fueron objeto por parte del acusado", desestimando la idea sostenida por el acusado de que los hechos relatados constituían un montaje de los acusados. (FJ 1)

La Audiencia constató la existencia de datos objetivos tales como "un aspecto abatido, en el caso de C. A. el rostro enrojecido, y el pelo alborotado, manifestando que L. A. presentaba incluso una pequeña herida sangrante en el labio" permitían llegar a dicha conclusión. (FJ 1).

Asimismo, ésta señaló que:

"La inmediatez con que acudieron a un centro médico a ser asistidos [...], manifestando ya entonces haber sido golpeados en la caseta de la Policía Local, la firmeza en el mantenimiento de la acusación, desde el día de los hechos hasta la actualidad, la corroboración periférica que de tales manifestaciones hacen los otros dos testigos [...], igualmente firmes y mantenidas en el tiempo, y razonablemente coincidentes entre sí [...], casan mal con la posibilidad de que la denuncia [...] obedezca a un ánimo de venganza contra los agentes por haber sido imputados ante el juzgado de la sustracción de la gorra de un agente, imputación que no conocen

hasta varios días después, cuando reciben la citación judicial para el juicio de faltas correspondiente en sus domicilios de Madrid."

Por lo expuesto, entre otros motivos, la Audiencia llegó a la conclusión de que "más allá de toda duda racional, [...] el acusado, [...] golpeó el día de autos en la cara a C. A. y a L. A., causándoles las leves lesiones que han quedado descritas y que constituyen las faltas de lesiones dichas". (FJ 1)

Delito de torturas (artículo 174 del Código penal)

Sin embargo, la Audiencia consideró que, pese haberse producido efectivamente las lesiones, éstas no integraban además el delito de torturas.

La Audiencia, de acuerdo con lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quiso destacar la diferencia existente entre la "tortura o trato inhumano" con lo que "únicamente puede estimarse como trato degradante". Indicando al respecto que:

"[...] el trato degradante no tiene porqué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura. Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un plus de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor entidad, de más o menos transcendencia. Pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. El trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad [...] conducta repetida más en relación con situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad porque suponen en todo caso menosprecio y humillación." (FJ 2)

Analizando los elementos del tipo, la Audiencia indicó lo siguiente:

"[...] el elemento teleológico del delito incorpora, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo, por lo que el sujeto pasivo hubiere podido cometer, viniendo a definir el Código penal vigente la tortura como una forma específica de actos contrarios a lo que se denomina integridad moral, novedosamente protegida como bien jurídico, debiendo entenderse que se atenta contra la integridad moral de una persona, según señala la STS de 4/5/1988, cuando se veja su dignidad de ser humano, recurriendo a formas de presión sobre su voluntad, que pueden tal vez ser necesarias para seres que carezcan de razón, pero no utilizables sin humillar la dignidad del hombre cuando se emplean con él. En definitiva, se trata de la realización por un funcionario público o autoridad de actos que determinan sufrimientos físicos o mentales, estando animado el agente, bien por el propósito de obtener de una persona una confesión o información, o bien de castigarle por un hecho que haya, o se sospeche que haya cometido." (FJ 2)

Sentado lo anterior, y analizadas las circunstancias del caso, la Audiencia consideró que:

"[...] no resulta acreditado que la razón o motivo por el que el acusado agredió a los querellantes, fuera ni la obtención de una confesión acerca de la sustracción y el paradero de la gorra, ni castigarles por tal sustracción". [...] Tampoco resulta que la agresión respondiese a un castigo, por la sustracción, que al acusado en poco o nada le afectaba [...] pues como han explicado en juicio alguno de los policías, la gorra en sí tenía un escaso valor económico." (FJ 2)

Por tanto, la Audiencia consideró que las lesiones proferidas por el acusado no eran constitutivas de torturas, absolviéndolo de dichas acusaciones.

Delito de detención ilegal (artículo 167 del Código penal)

La Audiencia consideró que la privación de libertad a C. A. no era constitutiva de una detención ilegal.

Ésta recordó los supuestos en los que está permitida la privación de libertad. Así, el artículo 495 de la Ley de enjuiciamiento criminal dispone que "no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviera domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle". Por su parte, el artículo 20 de la Ley orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, establece en su apartado 2 que "de no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior (relativo a las funciones de indagación, prevención o protección de las fuerzas de seguridad), los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados, a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible [...]". (FJ 3)

En el caso enjuiciado el Tribunal consideró que el acusado "entendió que a los efectos de que la infracción presuntamente cometida por el indocumentado pudiera ser sancionada en su día, debía proceder a su identificación, trasladándolo para ello a las dependencias policiales [...]". (FJ 3)

Así, si bien admitiendo que la interpretación hecha por el acusado se podía considerar muy rigurosa, la Audiencia declaro que "resulta que el referido acusado procedió sin duda en la creencia de estar actuando legítimamente [...]". De modo que, como quiera que el tipo delictivo no preveía la modalidad culposa, la Audiencia concluyó que "No concurriendo por lo expuesto tal elemento subjetivo del injusto en el inculpado, por lo que hace a la privación de libertad de C. A., se impone la absolución del inculpado del primero de los delitos de detención ilegal que se le imputaban". (FJ 3)

Por el contrario, en el caso de la privación de libertad de L. A., la Audiencia consideró que el acusado era autor de un delito de funcionario público contra la libertad individual o de detención ilegal.

La Audiencia señaló que L. A. fue conducido a las dependencias policiales "en contra de su voluntad o al menos sin su aquiescencia, pese a que estaba convenientemente identificado". Tampoco justificaba su traslado la necesidad de avalar los datos identificativos de C. A., pues ése ya había sido trasladado a tal fin. Además, la Audiencia observó que una vez estuvo éste en las dependencias policiales, no fue éste invitado a prestar declaración. De modo que el traslado se debía considerar ilegítimo.

La Audiencia se decantó por aplicar el tipo previsto en el artículo 530 del Código penal (en vez del artículo 167 del Código penal), por ser más beneficioso para el inculpado. Ésta consideró que si bien se privó a L. A. de su libertad ambulatoria, fue por un breve lapso de tiempo, sin que llegara a ser esposado.

En consecuencia, la Audiencia condenó al acusado como autor de un delito de detención ilegal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro años, y como autor de dos faltas de lesiones, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a la pena de dos meses de multa con cuota diaria de 6 euros por cada una de ellas, con la responsabilidad penal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, condenándole asimismo al pago de la quinta parte de las costas procesales, incluidas las causadas por la acusación particular.

Por su parte, éste debía indemnizar a C. A. y a L. A. en la suma de 90 euros por lesiones a cada uno de ellos y en 600 euros a L. A. por su detención ilegal.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Advirtiendo de la existencia de un estudio genérico sobre la tortura y los malos tratos, ver las siguientes sentencias: STS de 2 de marzo de 1998 (Aranzadi 1998/1759); STS de 6 de junio de

1997 (Aranzadi 1997/4594), y STS de 22 de septiembre de 1995 (Aranzadi 1995/6743).

Distinguiendo la tortura o trato inhumano del trato degradante, ver las siguientes sentencias: STEDH de 25 de abril de 1978 (TEDH 1978/3). Sobre el trato degradante, ver las siguientes sentencias: STEDH de 25 de febrero de 1982 (TEDH 1982/1), y STEDH de 28 de enero de 1979).

Sobre el elemento teleológico del delito de torturas, ver la siguiente sentencia: STS de 4 de mayo de 1988 (Aranzadi 1988/3476).

Sobre el delito de detención ilegal, ver las siguientes sentencias: STC 341/1993 (Aranzadi 1993/341).

Sobre su carácter doloso, ver las siguientes sentencias: STS de 1/6/1994 (Aranzadi 1994/4510); STS de 26 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1997/9632); STS de 10 de abril de 2001 (Aranzadi 2001/6456), y STS de 17 de abril de 2002 (Aranzadi 2002/7007).

Audiencia Provincial de Burgos. Construcción de una edificación con características propias para merenderos construida en suelo no urbanizable. Delito sobre la ordenación del territorio. Concepto de constructor a efectos penales y civiles. Principio de intervención mínima del Derecho penal y principio de subsidiariedad

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Burgos. Sección Primera. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 30/2003
FECHA: 29 de marzo de 2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Juan Miguel Carreras Maraña
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 25 de la CE, y artículo 319 del Código penal
DOCTRINA: Construcción de una edificación con características propias para merenderos construida en suelo no urbanizable. Delito sobre la ordenación del territorio. Concepto de constructor a efectos penales y civiles. Principio de intervención mínima del Derecho penal y principio de subsidiariedad (FJ 1)

SUPUESTO DE HECHO

El titular de una parcela calificada urbanísticamente como "suelo no urbanizable genérico o común", en la que sólo se podía edificar una caseta para guarda de aperos de labranza vinculada exclusivamente a la explotación agrícola de la misma, solicitó licencia municipal al ayuntamiento correspondiente para el vallado de la misma. Obtenida la licencia, éste, pese conocer el alcance de la licencia y las exigencias de las normas urbanísticas vigentes, comenzó a realizar obras en su propiedad, ejecutando el referido cierre y construyendo para sí una edificación de planta baja con una superficie de 56,43 metros cuadrados, con unas características constructivas propias para merenderos, con un porche previo al acceso al interior y un techado a los laterales para el acopio de leña; asimismo plantó césped y la vegetación propia de un jardín.

Durante la ejecución de las obras, el propietario recibió varias órdenes de paralización, siendo éstas desobedecidas.

Tras ello, el alcalde del municipio en el que estaba sita la parcela y el alcalde de la pedanía correspondiente se personaron a la parcela, haciéndole saber que debía parar las obras. El propietario desatendió las órdenes de paralización, así como la posterior orden de demolición.

El arquitecto municipal emitió un informe en el que hacía constar la imposibilidad de legalizar las obras debida la extensión de la parcela.

Además de las obras indicadas, el propietario construyó un pozo, para lo que solicitó la correspondiente licencia a la Confederación Hidrográfica, y un pozo negro, sin presentar solicitud alguna.

El ayuntamiento mencionado abrió un expediente sancionador, que fue suspendido hasta la resolución de la causa penal abierta.

El Juzgado de lo Penal de Burgos condenó al propietario como autor de un delito contra la ordenación del territorio a la pena de siete meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de doce meses con una cuota diaria de 4 euros y siete meses de inhabilitación especial para la profesión u oficio de promotor de obras de edificación y construcción, debiendo abonar la totalidad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, y debiendo proceder a la demolición a su cargo de la edificación levantada en la parcela de su titularidad.

Contra dicha resolución interpuso el acusado recurso de apelación.

La Audiencia Provincial de Burgos desestimó el recurso y confirmó la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Concepto de "constructor" de una obra

El recurrente alegaba un error en la aplicación del artículo 319.2 del Código penal, al entender que el precepto invocado sólo resultaba de aplicación para los profesionales de la construcción y únicamente en las infracciones graves de la legalidad urbanística.

Al respecto, la Audiencia Provincial de Burgos analizó el ámbito de aplicación del precepto invocado, del que admitió la falta de unanimidad doctrinal o jurisprudencial sobre si alcanza sólo a los profesionales de la construcción o a "toda persona que en un momento determinado ostente la calificación de 'constructor' de una obra". (FJ 1)

Al respecto, citó varias sentencias que negaban la extensión de la sanción penal a constructores no profesionales, si bien se inclinó por lo contrario.

La Audiencia entendía que una interpretación literal del artículo 319 del Código penal llevaba a esa conclusión, por cuanto éste "habla de 'constructor' sin excepción alguna, ni matización de ningún tipo sobre que sea un constructor esporádico o dedicado profesionalmente a la ejecución de obras". (FJ 1)

A la misma conclusión se llegaría, según la Audiencia, mediante una interpretación teleológica de dicho precepto, atendiendo al bien jurídico protegido. Al respecto, ésta declaró que:

"Lo protegido con el tipo penal es la regularidad urbanística y tal regularidad puede ser vulnerada por cualquier persona que construya, ya lo haga como una actividad profesional, ya lo haga como una actividad complementaria y aislada, ya tenga cualificación profesional y administrativa para construir o no la tenga." (FJ 1)

Además, la Audiencia señaló que el acusado también ostentaba la condición de constructor a efectos civiles (artículo 1591 del CCV y artículo 11 de la Ley de 15 de noviembre de 1999, de ordenación de la edificación), en cuya virtud "Lo esencial es que quien haga la obra tenga que someterse y tenga que respetar unas norma y una legalidad urbanísticas y tal obligación pesa por igual sobre cualquier constructor sea o no profesional". (FJ 1)

A favor de la tesis según la cual los constructores esporádicos entraban dentro de la noción de constructor, el Tribunal citó varias sentencias que apuntaban a dicha dirección.

A continuación, en relación con la gravedad de la construcción y su consideración como "edificación", el Tribunal declaró que había que entender que lo construido por el acusado se trataba de una "edificación no autorizable en suelo no urbanizable".

Principios de intervención mínima del derecho penal y principio de subsidiariedad

Como segundo motivo de impugnación, el recurrente invocaba la vulneración del principio de intervención mínima del derecho penal, al considerar que la suya no se trataba de una acción grave y que su conducta podía sancionarse por el correspondiente procedimiento administrativo. En consecuencia, el Tribunal se manifestó acerca de los mencionados principios, declarando lo siguiente:

"[...] cuando los hechos tienen la calificación y tipificación propios de la acción penal y cuando tanto por el bien jurídico protegido, como por el autor, como por la acción típica, merecen una sanción penal, la aplicación preferente corresponde al Derecho penal en detrimento del Derecho administrativo sancionador. El derecho penal es un medio legítimo para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en relación con aquellas conductas que, en un momento determinado el legislador considera que tienen un contenido antisocial y que deben de ser sancionadas en el ámbito penal. Y ello con independencia que en otro momento no tengan esa calificación o de que el legislador soberano entienda que no merecen el reproche de la norma penal (artículo 25 de la CE). Precisamente, la ordenación adecuada del territorio fue considerada en el Código penal de 1995 como una conducta susceptible de protección penal y su vulneración contraria al orden social. Por ello el legislador (artículo 1.2 de la CE, artículo 9.1 de la CE y artículo 66.1 de la CE) estableció una sanción penal para la ejecución de construcciones en suelo no urbanizable y no autorizables; y, precisamente, para reprimir conductas arbitrarias y carentes de adecuación y respeto con la legalidad urbanística, es por lo que se estableció el mecanismo de la pena como medio para facilitar que las autoridades competentes pudieran hacer cumplir la adecuada aplicación de la legalidad urbanística, ya que en muchas ocasiones, la mera actuación administrativa no era su fuente para garantizar el cumplimiento de la legalidad urbanística. El derecho penal es un medio legítimo para hacer cumplir con la legalidad urbanística, y, con el cumplimiento del principio de legalidad y de tipicidad, puede ser utilizada para reprimir conductas contrarias al adecuado orden en la construcción, que es el orden vulnerado por el recurrente en el presente caso [...]". (FJ 2)

Refiriéndose al caso enjuiciado, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] con la interpretación del recurrente, conductas penales que también pueden merecer un reproche en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, como los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o los delitos contra la hacienda pública, deberían de sancionarse en el ámbito administrativo. La realidad es la contraria, pues si los hechos tienen tipificación penal debe de primar y prevalecer la acción penal, aunque evitando la doble sanción de la misma conducta para evitar la vulneración del principio *non bis in eadem*. En nuestro caso, con adecuada corrección, el proceso administrativo ha quedado paralizado por el proceso y la acción penal, con lo que no existe riesgo de violar tal principio jurídico." (FJ 2)

Por lo tanto, el Tribunal desestimó el segundo motivo de impugnación.

Principio de *in dubio pro reo*

En cuanto a la posible vulneración del principio *in dubio pro reo*, el Tribunal reiteró lo declarado por la jurisprudencia, en el sentido de que sólo se produce una vulneración del mencionado principio "cuando el Tribunal, a pesar de sus dudas sobre la prueba de la autoría, ha dictado sentencia condenatoria. Por el contrario, se ha señalado en múltiples sentencias que el principio *in dubio pro reo* no constituye el fundamento de un derecho del acusado a que el Tribunal dude". (FJ 3)

Asimismo, el Tribunal declaró que:

"Es doctrina de esta Sala que el principio *pro reo* tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo. No es principio invocable en casación, ni resulta aplicable en los supuestos en que el Tribunal llega a una convicción en conciencia sobre el acreditamiento de un dato fáctico, excluyéndose toda duda sobre su existencia." (FJ 3)

"A pesar de la íntima relación que guardan el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* y aunque una y otro sean manifestación de un genérico *favor rei*, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia." (FJ 3)

Estudiando el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que "[...] del contenido de las actuaciones y de lo indicado en esta resolución, se desprenden elementos de prueba más que suficientes para descartar cualquier duda sobre la actuación y participación culpable del acusado en los hechos enjuiciados. Así, ni se ha interpretado la norma penal con un carácter extensivo, sino en sus justos términos, conforme al principio de legalidad y de tipicidad, ni tampoco existen dudas, a los efectos del artículo 741 Ley de enjuiciamiento criminal (), de que el acusado conocía la ilicitud de su actuación y buena prueba de ello es la prueba testifical y sus propios actos [...]". (FJ 1)

En consecuencia, el Tribunal desestimó este motivo de impugnación, así como el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Negando la extensión de la sanción penal a promotores o constructores no profesionales, ver las siguientes sentencias: SAP de Córdoba de 15 de diciembre de 1998 (Aranzadi 1998/8703); SAP de Cádiz de 28 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/4365), y SAP de Cádiz de 31 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/3332); SAP de Cádiz de 10 de noviembre de 2001; SAP de Cádiz de 17 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/86998); SAP de Cádiz de 15 de marzo de 2002 (Aranzadi 2002/140116); SAP de Cádiz de 25 de marzo de 2002 (Aranzadi 2002/141814); SAP de Cádiz de 26 de marzo de 2002 (Aranzadi 2002/498); SAP de Málaga de 9 de septiembre de 1999 (Aranzadi 1999/3075); SAP de La Coruña, Sección Primera, de 15 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/152806); SAP de Almería de 28 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/310865), y SAP de Almería de 5 de octubre de 2001.

Incluyendo a los constructores no profesionales en el concepto de "constructor", ver las siguientes sentencias: SAP de Palencia de 17 de marzo de 1998 (Aranzadi 1998/1402), y SAP de Palencia de 31 de diciembre de 1998 (Aranzadi 1998/5626); SAP de Cádiz de 11 de septiembre de 1998 (Aranzadi 1998/5355); SAP de La Coruña, Sección Segunda, de 5 de julio de 1999 (Aranzadi 1999/4582), y Sección Sexta, de 17 de diciembre de 2001 y de 18 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/58725); SAP de Baleares de 3 de diciembre de 2000 SIC; SAP de Jaén de 29 de mayo de 2000 (Aranzadi 2000/2353), y de 11 de julio de 2001 SIC; SAP de La

Coruña, Sección Sexta, de 8 de mayo de 2002 (Aranzadi 2002/198250); SAP de León, Sección Segunda, de 13 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/67173); SAP de Valencia de 23 de octubre de 2001; STS, Sala Segunda, de 26 de junio de 2001 (Aranzadi 2002/4521).

Sobre el principio de *in dubio pro reo* ver las siguientes sentencias: STS de 7 de octubre de 2002; STS de 1 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/7806); STC 63/93 de 1 de marzo (Aranzadi 1993/63), y STS de 27 de septiembre de 1999 SIC y STS 1956/00, de 15 de diciembre (Aranzadi 2001/762).

Declarando que la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas, ver las siguientes sentencias: STC 63/93, de 1 de marzo (Aranzadi 1993/63) y STS de 27 de septiembre de 1999 SIC y STS 1956/00, de 15 de diciembre (Aranzadi 2001/762).

Audiencia Provincial de Madrid. Delito de desobediencia. Alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Madrid. Sección Decimosexta. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 103/2003
RESOLUCIÓN: 200/2003
FECHA: 25 de marzo de 2003
PONENTE: Ilma. Sra. Carmen Lamela Díaz
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 42 y 410.1 del Código penal
DOCTRINA: Delito de desobediencia. Alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (FJ 2, 3 y 4)

SUPUESTO DE HECHO

En junio de 1993, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia por la que declaraba la nulidad de la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Madrid para la construcción de un centro parroquial, obligando a los demandados (el arzobispo y el Ayuntamiento) a la demolición de aquella parte del inmueble que sobrepasara el límite de separación entre edificaciones. El mencionado Tribunal requirió al Ayuntamiento para que ejecutara la sentencia. Durante ese tiempo, el Sr. N, que ocupaba un cargo en la Gerencia Municipal de Urbanismo, acordó la ejecución subsidiaria de la sentencia, intentó iniciar la demolición (cuatro días antes de que venciera el plazo concedido por la sala), que no llevó a cabo ante la presencia de un grupo de personas en las inmediaciones de la iglesia y evacuó diversos informes.

En diciembre de 1999 la sala levantó la suspensión de la ejecución de la sentencia, concediendo al acusado, que ocupaba un cargo en la Gerencia Municipal de Urbanismo, un plazo de dos meses para que cumpliera, debiendo estar las obras terminadas en febrero de 2002.

El Sr. N acordó el 15 de febrero de 2002 la ejecución sustitutoria de la sentencia veinte días antes del vencimiento del plazo. Unos días antes, se había instado un incidente de imposibilidad legal parcial de ejecución, lo que dio lugar a la suspensión del trámite de dos meses, siendo posteriormente denegado el incidente, por ser una copia del que en 1995 había presentado el arzobispo. Citado personalmente a comparecer, el magistrado ponente requirió al Sr. N para que en el plazo de quince días procediera a la ejecución de la sentencia.

En mayo de 2002, fue admitido un recurso del Arzobispado contra el auto desestimatorio del incidente de inejecución, recordando al acusado que la sentencia debía ser ejecutada el día 17 de marzo.

El día 16 de marzo de 2002, siguiendo órdenes del Sr. N, una comisión de técnicos municipales compareció ante la puerta de la parroquia. Al ser ésta rodeada por unas 300 personas, la comisión desistió del intento.

El 17 de marzo de 2002, el acusado, a pesar de los requerimientos que se le habían hecho y de las instrucciones que había recibido del tribunal sentenciador, dio cuenta a la sala del acontecimiento y solicitó que se le autorizara al ejercicio de medidas de compulsión física necesarias "en un nuevo intento de aparentar que colaboraba con la justicia".

El Sr. N fue condenado como autor de un delito de desobediencia a las penas de multa de un año a ocho meses con una cuota diaria de 30 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de un año y cuatro meses.

Contra dicha resolución, el Sr. N interpuso recurso de apelación.

La Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Delito de desobediencia (artículo 410 del Código penal)

El recurrente alegaba en primer lugar que éste tuvo en todo momento ánimo de acatar la orden judicial. Sin embargo, el Tribunal consideró que existía de material probatorio suficiente sobre el que fundamentar la convicción de culpabilidad del acusado, procediendo, en consecuencia, a la desestimación del primer motivo del recurso.

La Audiencia consideró que no quedaba suficientemente justificado que el acusado no pudiera haber tenido conocimiento del caso, a pesar de que el procedimiento hubiera estado paralizado durante casi tres años, teniendo en cuenta que ejercía el cargo desde 1997 y habiendo tenido a su disposición los equipos técnicos del Ayuntamiento.

Acerca de la paralización del expediente, el Tribunal declaró que ésta únicamente había implicado la paralización del procedimiento y no la nulidad de lo actuado, por lo que dicha paralización nunca dejó sin efecto lo actuado, lo que hacía necesaria la existencia de un nuevo decreto que ordenara la ejecución del acto.

Asimismo, el Tribunal indicó que la existencia de múltiples resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Superior de Justicia demostraban que el acusado no tenía "un propósito serio y firme de abordar la demolición". También negó que el recurrente pudiera excusar su conducta alegando la condición de templo sagrado del edificio, pues éste se hallaba desacralizado desde 1996 y negó igualmente que las fuerzas de seguridad precisaran de autorización expresa del Tribunal Superior de Justicia para utilizar la fuerza física necesaria para llevar a cabo la orden impartida.

Por los motivos expuestos, entre otros, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"[...] el juez de instancia ha contado con material probatorio suficiente sobre el que fundamentar su convicción de culpabilidad frente al acusado, procediendo en consecuencia la desestimación del primer motivo del recurso". (FJ 2)

A continuación, el Tribunal pasó a analizar si la conducta del acusado configuraba el tipo penal del artículo 410.1 del Código

penal. Dicho precepto sanciona las "autoridades o funcionarios que se negasen abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales".

Al respecto, el Tribunal recordó la interpretación jurisprudencial hecha del término "abiertamente". Éste ha sido empleado por la jurisprudencia para "calificar la negativa a obedecer la orden dada por la superioridad, ha de ser entendida, no sólo en el sentido literal [...] sino que se entiende configurado tal comportamiento cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad, a lo largo del tiempo, sin dar cumplimiento a una referida orden, es decir, aun sin oponerse o negar la misma, realmente no se realiza una actividad mínima necesaria para llevarla a cabo, máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente solicitada por la autoridad competente para ello". (FJ 3)

Estudiando el caso de autos, el Tribunal apreció que:

"[...] no solo no consta que, pese a los requerimientos de la Sala [...] se adoptase la medida concreta y seria ejecución de lo acordado por aquél, sino que se limitó a señalar el día anterior al vencimiento del plazo que le había sido impuesto para la realización de las obras y no solo para su iniciación, sin adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo de la orden, pese a conocer la problemática surgida en la ejecución de lo resuelto por el Tribunal [...]. Pero es más, a esta actitud de pasividad se une la actividad desplegada para simular su intención de cumplimiento en la que aparentaba encontrar diversos obstáculos [...]. En definitiva [...] ha de llegarse a la conclusión de que no eran graves los posibles obstáculos para el cumplimiento de la ejecutoria y que, en definitiva, el acusado adoptó una actitud renuente, por razones no aclaradas, y se abstuvo voluntariamente de realizar la actividad mínima que le era exigible para dar solución total o parcial a la ejecución de las obras [...]". (FJ 3)

Por lo expuesto el Tribunal consideró que con la mencionada pasividad el acusado infringió el precepto señalado.

Alcance de la pena de inhabilitación para cargo público

Finalmente, en cuanto a la pena impuesta, el recurrente alegaba que la sentencia impugnada no concretaba los empleos, cargos y honores sobre los que recaía la inhabilitación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42 del Código penal.

Sobre esta materia, el Tribunal recordó la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del alcance de las penas de inhabilitación para cargos públicos. Como declaró el Tribunal, el Tribunal Supremo "ha determinado ya el alcance de las penas de inhabilitación para cargo público con un sentido de interpretación de los cargos o empleos públicos semejantes restrictivo y no omnicomprensivo", limitándose ésta a "[...] los cargos análogos de naturaleza pública, carácter electivo y ámbito local". (FJ 4)

A lo anterior el Tribunal añadió que:

"[...] las penas de inhabilitación [...] afectan no sólo al cargo que desempeña el condenado en el momento de la comisión de los hechos, sino además, a la capacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena. No obstante, la inhabilitación especial necesita una delimitación en cada caso concreto sin que pueda admitirse una proyección amplia de sus efectos, que se circunscriben al cargo público que desempeña el funcionario condenado u a otros de naturaleza análoga". (FJ 4)

Por ello, en el supuesto de autos, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"[...] el delito se ha cometido en el desempeño de un cargo en la Gerencia Municipal de Urbanismo, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Código penal, la inhabilitación debe producir la privación definitiva del empleo o cargo de [...] y de los honores que le sean anejos. Igualmente procede la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena, debiendo entenderse en el presente caso por 'análogos, todos aquellos cargos que el acusado pudiera desempeñar dentro de la Gerencia Municipal de Urbanismo, dentro de cuyo ámbito aquél ejercía sus funciones." (FJ 4)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el sentido del término "abiertamente" del artículo 410.1 del Código penal, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de abril de 1997 (Aranzadi 1997/2991); STS de 15 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/1728), y STS de 28 de noviembre de 1997 (Aranzadi 1997/8327).

Sobre el alcance de la pena de inhabilitación para cargo público, ver las siguientes sentencias: STS de 6 de junio de 1997 (Aranzadi 1997/4866); STS de 18 de octubre de 1993 (Aranzadi 1993/7535); STS de 20 de abril de 1995 (Aranzadi 1995/3898), y STS de 8 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/670).

5 PRESENTACIÓN

7 ESTUDIOS

7 SEMINARIO PERMANENTE DE DERECHO LOCAL

7 1. Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001
Joaquín Huelin Martínez de Velasco

18 1.1. Observaciones a un debate
Pablo García Manzano

20 1.2. Las cuestiones suscitadas por la sentencia y sus consecuencias en el Derecho español
Rafael Fernández Montalvo

28 1.3. La Sentencia Scala 2001: ¿odiosa o indiferente para el Derecho urbanístico en España?
Juan Antonio Xiol Ríos

31 1.4. El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001
José M.ª Baño León

35 La reforma de las haciendas locales
Jesús Chamorro González

45 La financiación de las haciendas locales: novedades para 2004
Emilio Aragonés Beltrán

71 Las competencias en materia de medio ambiente de las corporaciones locales
Javier López Candela

88 Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social
Belén Noguera de la Muela

102 El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores
Ángeles de Palma

138 La aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación por los gobiernos y las administraciones locales: exigencias legales y requerimientos de gestión. Especial referencia a los temas de procedimiento administrativo electrónico, protección de datos de carácter personal y gestión de propiedades y bienes inmateriales
José Luis Martínez-Alonso Camps
Joan Guasch Marimon
Albert Ortiz Villuendas

183 INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS DE LOS ENTES LOCALES

184 Consulta de un ayuntamiento de la provincia de Ourense sobre los recursos administrativos interpuestos en relación con la concesión administrativa del servicio municipal de abastecimiento y saneamiento
Francisco Cacharro Gosende

198 La legalidad aplicable a la contratos que se celebren por una sociedad instrumental en la que participa el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación n.º 1: Huesca y la Diputación de Huesca
Antonio Serrano Pascual

206 CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS Y LOS REGLAMENTOS LOCALES

207 Las ordenanzas municipales de protección frente al ruido. I. El marco jurídico y la perspectiva jurídica interdisciplinar
Domènec Sibina Tomàs

232 CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa

234 A) Jurisdicción constitucional
246 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
249 C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
254 D) Jurisdicción contencioso-administrativa
275 E) Jurisdicción civil
278 F) Jurisdicción penal

PVP: 14 euros

www.gobiernolocal.org